

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA

A BOA-FÉ OBJETIVA E A SUA APLICAÇÃO AOS PROCESSOS DE
CONTRATAÇÃO PÚBLICA

CURITIBA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA

A BOA-FÉ OBJETIVA E A SUA APLICAÇÃO AOS PROCESSOS DE
CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a.Dr^a. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2015

V835b

Vita, Pedro Henrique Braz de.

A boa-fé objetiva e a sua aplicação aos processos de contratação pública / Pedro Henrique Braz de Vita; orientadora: Angela Cassia Costaldello. – Curitiba, 2015.

115 f.: il.

Bibliografia: f. 107-115.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2015.

1. Boa-fé (Direito). 2. Contratos administrativos. 3. Direito administrativo. I. Costaldello, Angela Cassia. II. Título.


CDU 351.712


TERMO DE APROVAÇÃO


PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA

A BOA-FÉ OBJETIVA E A SUA APLICAÇÃO AOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.


Orientador: ~~Prof. Dr.~~ Angela Cassia Costaldello
Universidade Federal do Paraná – UFPR


Avaliador: Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama
Universidade Federal do Paraná


Avaliador: Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães
Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR

Curitiba, 11 de setembro de 2015

À minha mãezinha,
Guia que me trouxe até aqui,
Mas que por ser muito humilde,
Foi embora de fininho,
Para fazer parecer que a conquista era só
minha.
Mãezinha: você não conseguiu enganar
ninguém...

AGRADECIMENTOS

Para André COMTE-SPONVILLE, a gratidão “é um segundo prazer, que prolonga um primeiro, como um eco de alegria de ser alegre”¹. E por muito prazer que conclusão deste trabalho me proporcione, eu não poderia me privar do segundo prazer de ser grato àqueles que me ajudaram na caminhada.

Registro em primeiro lugar meus sinceros agradecimentos a meu pai, Saulo De Vita, meu avô, Joaquim Rodrigues de Oliveira, e meus irmãos, Lucas e Mariana. Família unida e ouriçada, que fez jus às origens italianas e encarou comigo, da forma mais apaixonada possível, essa jornada. Obrigado por aliviarem os pesos dos meus ombros nos momentos em que eu senti que não poderia mais carregá-lo sozinho.

É preciso agradecer também minha orientadora, professora Angela Cassia Costaldello. A melhor guia que eu poderia ter escolhido, não apenas pelo seu notório repertório acadêmico – que foi todo colocado à minha disposição, – mas também pela paciência e compreensão que teve comigo.

Agradeço aos professores Egon Bockmann Moreira e Rodrigo Xavier Leonardo. Obrigado por me mostrarem que o direito público e o direito privado têm muito a aprender e a colaborar um com o outro. As disciplinas do mestrado ministradas por vocês influenciaram diretamente as páginas aqui escritas.

Não poderia deixar de agradecer ainda aos membros da Zênite Consultoria S.A., bem como aos colegas do escritório Xavier Vianna, Bockmann Moreira. Todos donos de senso crítico e preocupações jurídicas que certamente fomentaram minha curiosidade e me impulsionaram neste estudo.

Por fim, afirmo toda a minha gratidão aos amigos João Rubens, Juliana Chevônica, Luiz Henrique Krassuski, Luiz Guilherme, Rafaella Krasinski, Fernando William, Vinícius Fiani, Daniel Bernardi, André Luiz Dias, Carlos Eduardo Pinto, Alexandre Xavier Dias, Bruno Dantas, Dalton Luitz, Solange Timoteo e Marco Timoteo. Uma palavra amiga, um silêncio cúmplice, uma cobrança, uma piada para tirar a tensão... Cada um à sua maneira, todos vocês me apoiaram sempre que eu precisei. Muito obrigado.

¹ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. trad. Eduardo Brandão. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 145.

Ser sincero é não mentir a outrem; ser de boa-fé e não mentir nem ao outro, nem a si. A solidão de Robinson, em sua ilha, dispensava-o de ser sincero (pelo menos até a chegada de Sexta-feira) e até tornava essa virtude sem objeto. Nem por isso a boa-fé deixava de ser necessária, em todo caso louvável e devida. A quem? A si, e isso basta. (André COMTE-SPONVILLE)

RESUMO

Este estudo visa analisar de forma sistemática como se dá a aplicação da boa-fé objetiva aos processos de contratação pública. A pesquisa realizada se concentrou, primeiramente, no tratamento dado à boa-fé objetiva pelo direito privado. A seguir, ela enfrentou o tema da incidência da boa-fé ao direito administrativo e às diversas atividades que lhe são próprias. Por fim, ela procedeu a uma análise da boa-fé objetiva no que toca aos processos de contratação pública, avaliando os fundamentos que viabilizam a sua operacionalidade nesse campo, bem como os efeitos da incidência de cada uma de suas facetas nas diversas etapas do processo obrigacional/contratual.

Palavras-chave: boa-fé objetiva; contratos públicos; contratos administrativos; processos de contratação pública.

RIASSUNTO

Questa ricerca ha per oggetto analizzare sistematicamente la applicazione della buona fede oggettiva alla procedura dei appalti pubblici. La ricerca in primo luogo ha studiato il trattamento della buona fede oggettiva nell'ambito del diritto privato. Dopo, ha affrontato la questione della incidenza di buona fede nel diritto amministrativo e le varie attività che sono proprie. Infine, ha fatto un'analisi della buona fede oggettiva nella procedure di appalto pubblici, valutando gli elementi fondamentali che permettono il funzionamento in questo settore, nonché gli effetti della incidenza di ciascuno dei suoi aspetti nelle varie fasi del processo obbligatorio/contrattuale.

Parole chiavi: Buona fede oggettiva; contratti pubblici; contratti amministrative; procedura de appalti.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO	14
1.1. DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA: BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA.....	14
1.2. BOA-FÉ OBJETIVA E PROCESSO OBRIGACIONAL.....	21
1.3. CONCEPÇÕES DOGMÁTICAS DA BOA-FÉ OBJETIVA: PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL	24
1.4. AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA	29
1.4.1. Primeira função: boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo.	32
1.4.2. Segunda função: boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres jurídicos	34
1.4.3. Terceira função: boa-fé objetiva como elemento de controle do exercício de posições jurídicas	36
2. BOA-FÉ: DO DIREITO PRIVADO AO DIREITO PÚBLICO	42
2.1. AS OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DA BOA-FÉ AO DIREITO PÚBLICO	42
2.2. CONSAGRAÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO	49
2.3. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ ÀS RELAÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	54
2.4. A BOA-FÉ NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	56
2.4.1. A boa-fé no ato administrativo	56
2.4.2. A boa-fé no processo administrativo	59
2.4.3. A boa-fé na atividade interventiva do Estado na economia	63
3. BOA-FÉ OBJETIVA E CONTRATOS PÚBLICOS	67
3.1. ADMISSÃO DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	71
3.2. A APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO AOS CONTRATOS PÚBLICOS	75
3.3. ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	78
3.3.1. A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo nos contratos públicos.....	78
3.3.2. A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres nos contratos públicos	83
3.3.2.1. A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa pré-contratual.....	83

3.3.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa de execução do contrato	88
3.3.2.3 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa pós-contratual.....	91
3.3.3 A boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos nos contratos públicos.....	93
3.3.3.1 Contratos públicos e teoria do adimplemento substancial.....	95
3.3.3.2 Contratos públicos e a exceção do contrato não cumprido	97
3.3.3.3 O Tu quoque nos contratos públicos	100
3.3.3.4 Contratos públicos e a vedação ao comportamento contraditório	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

INTRODUÇÃO

Virtude. Esse é o tratamento ofertado por André COMTE-SPONVILLE à boa-fé².

Virtude com conteúdo tão singular que o fez cogitar de dar a ela a designações como *sinceridade*, *veridicidade* e até *veracidade*³. Virtude por ele definida como “amor ou respeito à verdade, e a única fé que vale”⁴.

Foi esse “respeito à verdade” ou, melhor dizendo, a costumeira ausência deste respeito no âmbito das relações contratuais de natureza pública, que ensejou o desenvolvimento desta pesquisa.

Trabalhar cotidianamente com processos de contratação pública implica, no mais das vezes, em observar as partes contratantes adotarem posturas notadamente alinhadas à literalidade das regras escritas que regem a relação contratual, mas bem pouco colaborativas, e por vezes dissimuladas e desleais.

De um lado, situa-se o particular, que normalmente possui maior domínio técnico em relação ao objeto da contratação e que, sem maiores cerimônias, tira proveito disso para lucrar o máximo possível. De outro, está a Administração Pública, munida de suas prerrogativas legais, as quais por vezes são utilizadas de forma inescrupulosa.

Cada qual tende a se comportar de modo a tirar o maior proveito possível da relação jurídica da qual fazem parte, sem maiores preocupações em fomentar um ambiente contratual sadio, que enseje confiança mútua entre todos os contratantes, e caminhe para o adimplemento das obrigações reciprocamente assumidas quando da formação da avença.

Não é necessário gastar muita tinta para anotar o quão inócuo é esse tipo de postura. É óbvio – e o direito privado já há muito lançou as bases dessa lição – que o pleno sucesso de uma relação contratual está diretamente relacionado à lealdade que as partes contratantes guardam entre si. Sem isso, cria-se um estado de insegurança jurídica, que de maneira quase infalível afetará o bom desenvolvimento do ajuste.

² c.f. COMTE-SPONVILLE. *op. cit.* pp. 213-228.

³ *Ibid.* p. 213.

⁴ *Idem.*

Por se mostrarem extremamente lesivos ao correto desenvolvimento de relações contratuais, comportamentos assim foram legados ao campo da ilicitude, por ofenderem o princípio da boa-fé, em sua vertente objetiva.

Já há muito o direito privado tutela a boa-fé objetiva, impondo aos sujeitos contratantes o dever de se guiarem a partir de padrões de comportamento considerados objetivamente leais e corteses.

A tutela do princípio da boa-fé também não é novidade no campo do direito administrativo, e tanto a doutrina quanto a jurisprudência mais recente apontam que a sua vertente objetiva deve ser encarada como elemento norteador dos processos de contratação pública.

Incomodava, contudo, a dificuldade de encontrar material que tratasse de maneira razoavelmente pormenorizada da questão. De ter acesso a pesquisa que pontuasse os fundamentos jurídicos que viabilizam a incidência da boa-fé objetiva a relações contratuais de natureza pública, e o mais importante, que demonstrasse de quais formas podem ocorrer essa incidência.

O objetivo deste trabalho é colaborar com o preenchimento desta lacuna. Estudar-se-á a incidência da boa-fé objetiva nos processos de contratação pública, estabelecendo os fundamentos jurídicos dessa operação, e tratando de forma sistemática a aplicação de cada uma das funções da referida figura jurídica aos contratos públicos, em suas etapas pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Para alcançar esse objetivo, optou-se por trilhar um caminho que se inicia com a abordagem do princípio da boa-fé realizada no campo do direito privado. Neste primeiro momento, será trabalhada a diferença entre as vertentes subjetiva e objetiva da boa-fé, bem como a ligação umbilical existente entre esta última e a noção de obrigação como processo. Serão exploradas também algumas concepções dogmáticas da boa-fé, em especial aquelas que a concebem como cláusula-geral e como princípio. Por fim, serão abordadas as diversas funções exercidas pela boa-fé objetiva tomada como cânone hermenêutico-integrativo, como fonte de direitos e deveres jurídicos, e como elemento de controle do exercício de posições jurídicas.

A segunda parte do trabalho é pautada pela aplicabilidade da boa-fé ao direito administrativo. Serão pontuados tanto os argumentos utilizados para obstar a incidência do referido princípio à seara administrativa, quanto os fundamentos que a consagraram como elemento regente das relações jurídicas tipicamente administrativas. Serão fixados os requisitos a serem preenchidos para se promover a

aplicação da boa-fé ao campo em apreço, e ao final será realizada uma pequena síntese das suas funcionalidades em relação aos atos administrativos, aos processos administrativos, e à atividade interventiva do estado na economia.

A terceira e última parte será dedicada à sistematização das formas de incidência da boa-fé objetiva aos processos de contratação pública. Sua consagração como norma regente dos contratos administrativos, e a compatibilidade dessa espécie de ajuste ao modelo de obrigação como processo, serão abordadas. A partir daí, serão descritas e trabalhadas – ainda que de maneira não exaustiva – as hipóteses de incidência da boa-fé objetiva tomada como cânone hermenêutico-integrativo, como fonte de direitos e deveres jurídicos, e como elemento de controle do exercício de posições jurídicas, às negociações que antecedem a formação dos contratos públicos, à etapa de execução desses ajustes, a ao momento posterior à extinção dessas avenças.

1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO

1.1. DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA: BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA-FÉ OBJETIVA

A elaboração do presente trabalho, nos termos propostos em sua introdução, pressupõe a realização de um corte metodológico.

Registrou-se aqui o objetivo de elaborar um estudo capaz de demonstrar sistematicamente como se dá a aplicação das diversas funções da boa-fé objetiva aos contratos administrativos. E para alcançar esse resultado, o primeiro passo é delimitar, com amparo na doutrina, na jurisprudência, e no próprio conjunto normativo afeto ao tema, aquilo que se deve entender por boa-fé objetiva.

Até onde se tem notícia⁵, a boa-fé, tomada genericamente como um dever de agir de maneira leal e moral, tem raízes na Roma antiga, com o surgimento da figura da *fides*, no direito canônico e na tradição jurídica germânica.

Mesmo reconhecendo a imprecisão inerente ao trato da questão no âmbito do direito romano, decorrente sobretudo de uma escassez de fontes, Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO referencia em sua obra hipótese construída por Franz WIEACKER, afirmando que para este último “haveria, na base da *fides*, uma adstrição de comportamento, inicialmente não jurídica, que se tornou primeiro mágica, então religiosa, finalmente moral”⁶.

A figura da *fides*, em sua forma mais remota, mostrava-se presente, segundo Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, em relações internas a Roma – âmbito no qual funcionava como “*fides*”-poder, designação da posição do *pater* ou patrão em face do cliente⁷, e “*fides*”-promessa, o ato promissório de um indivíduo para

⁵ Não se pretende aqui proceder a um detido e pormenorizado estudo histórico da figura da boa-fé, o qual deve ficar a cargo dos historiadores do direito, que detêm o instrumental teórico necessário para fazê-lo. O que se pretende é apenas destacar algumas das diferentes concepções de boa-fé observáveis em diferentes tradições jurídicas, as quais auxiliem na compreensão da boa-fé objetiva, tal como ela é tomada hoje.

⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 58.

⁷ A clientela, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “correspondia a um tipo de estratificação social que pressupunha uma graduação entre o cidadão livre totalmente *sui iures* e o escravo. Implicava a existência de pessoas adstritas a certos deveres de lealdade e obediência perante outras, em troca de proteção”. Para ele, “Característica é a situação de desigualdade jurídica pressuposta pela clientela, traduzia, nomeadamente, na inclusão do *cliens* na família, sujeito, desta forma, ao poder do *pater*”. Era a submissão do cliente que fazia surgir para o patrão a “*fides*”-poder, ou seja, a posição daquele a quem se deve lealdade e confiança. (MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* pp. 59-60).

o outro, inerente às relações de clientela – e em relações externas, servindo de fundamento para a submissão de outros povos ao Império⁸.

Essa figura se desenvolveu, ganhando contornos jurídicos ainda na Roma antiga, quando a *fides* passou a ser acompanhada do adjetivo *bona* e, ainda tomada como um dever de lealdade, passou a servir de base para algumas ações específicas, como por exemplo, a compra, a venda, a fidúcia e o mandato, que passaram a integrar o rol das chamadas *bonae fidei iudicia*.

Por meio dessas ações, segundo ensina Judith MARTINS-COSTA, a boa-fé era utilizada em sentido objetivo, “como um *expediente técnico preciso*, que permitia ao juiz decidir certos casos tendo em conta não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda outros fatos ligados ao litígio”⁹.

Contudo, a autora dá conta de que esse sentido objetivo da boa-fé transmuta-se no período Imperial de Roma, onde a *fides bona* passa a ser utilizada preponderantemente no campo dos direitos reais, significando a intenção ou estado de ignorância dos sujeitos, elementos necessários para se constituir o direito de usucapião¹⁰.

Essa vinculação da boa-fé ao estado psíquico dos sujeitos foi incorporada pelo direito canônico que, conforme narra Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, inseriu nela uma dimensão ética, colocando-a em paralelo com a noção de ausência de pecado¹¹.

De outro lado está o papel desempenhado pela boa-fé na cultura germânica, onde se imputou àquela figura significação consideravelmente distinta. Partindo da ética da *cortoisie* cavaleiresca, a tradição germânica “inseriu, na fórmula [da boa-fé], as idéias de *lealdade* (*Treu* ou *Treue*) e *crença* (*Glauben* ou *Glaube*), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados”, e não ao estado psíquico dos sujeitos, conforme explica Judith MARTINS-COSTA¹².

⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* pp. 59-67.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122.

¹⁰ Cf. *Ibid.* p. 122-124.

¹¹ Cita-se as palavras de Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO: “Como se viu, a boa fé era, na posse do Direito romano, simplesmente, um estado determinado de ignorância, por parte do possuidor. Apenas com o Direito canônico ganhou, esse factos psicológico, uma dimensão ética. O que, dadas as circunstâncias, ocorreu pela via da *absentia peccati*.” (MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 155)

¹² MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 124.

As diversas roupagens que a figura da boa-fé apresentou na antiguidade e no medievo influenciaram nas acepções que se formaram dela no sistema jurídico francês construído a partir do Código de Napoleão, e no sistema jurídico alemão fundado no BGB, cuja compreensão é de especial importância para o tema abordado nesse ponto do trabalho.

O *Code* e o sistema jurídico francês foram pensados e estruturados tomando como base alguns dogmas, a exemplo do mito da completude da lei e da igualdade dos sujeitos perante ela, da liberdade dos indivíduos e da autonomia das suas vontades, e ainda da força vinculante dos acordos de vontade formados livremente pelas pessoas¹³.

Esses dogmas, note-se, têm como figuras centrais a lei, que se presumia ser completa, tratando todos os indivíduos igualitariamente, de modo a não deixar espaço de atuação ao intérprete, e o indivíduo que, por gozar da sua liberdade – além da sua igualdade em face dos outros sujeitos – podia de livre e espontânea vontade se envolver em relações que lhe imputassem direitos e ou deveres jurídicos.

Segundo Judith MARTINS-COSTA¹⁴, esse protagonismo da lei, e sobretudo do indivíduo – que, por ser livre e igual aos demais, podia moldar acordos que alterassem a sua esfera de direitos – tem como um de seus efeitos a utilização de um acentuado subjetivismo na conceituação e compreensão do instituto do contrato, sistematizado pela denominada “doutrina subjetivista do negócio jurídico”, cuja pedra de toque é o princípio da autonomia da vontade.

Nesse contexto, ensina a autora, a boa-fé, tal como o foi inserida ao final do art. 1134 do *Code*, perde força¹⁵, dado que a ausência de definição do seu conteúdo material acabou por vincular-lhe “a um critério subjetivo, interno ao agente, contraposto ao dolo, a mentira e à ma-fé”¹⁶.

Ela afirma que a racionalidade do sistema jurídico francês moderno e o trabalho da Escola da Exegese, acabam por atribuir à boa-fé basicamente dois significados: no âmbito das obrigações, existia enquanto mero reforço da vinculação das partes aos termos do negócio, e no âmbito do direito possessório era tida como

¹³ Cf. *Ibid.* pp. 168-207.

¹⁴ Cf. *Ibid.* p. 204.

¹⁵ “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

¹⁶ Cf. MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 205

sinônimo de “ignorância excusável”¹⁷ – em concepção que se aproxima daquelas observadas no direito romano do período do império e no direito canônico.

Já se visualiza aqui uma bipartição da boa-fé, formada a partir da sua utilização no direito obrigacional e no direito possessório, panorama que se acentuará no sistema jurídico alemão e no BGB.

Em sua obra, Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO informa que o código civil alemão foi o primeiro a separar rigidamente a boa-fé em duas variantes distintas, com designações diversas: a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) e a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*)¹⁸.

A primeira, fruto da influência juscultural romanista e pandectista, espelhou desde o início a noção de boa-fé utilizada no campo dos direitos reais, constituindo uma solução jurídica para aprender, em situações complexas, dados relativos ao sujeito e ao seu estado psíquico, segundo explica o autor¹⁹.

A segunda, prevista, dentre outros, nos §§ 157 e 242 do BGB, compreendida também à luz do direito romano e pela doutrina pandectista, foi tomada inicialmente como mero “reforço material do contrato”²⁰ e da vinculação das partes aos seus termos, “um tanto ao gosto napoleônico”²¹, como afirma o professor português²².

Todavia, ele próprio chama a atenção para o fato de que o legislador, influenciado pela crescente aplicação da boa-fé aos atos de comércio, acabou por atribuir aos dispositivos supra – e, conseqüentemente, à própria noção de boa-fé em sua variante objetiva – um caráter de abertura, que permitiu seu desenvolvimento externo e a sua evolução²³.

Esse progresso, de acordo com Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO, apoiado na obra de Jürgen SCHMIDT, fez surgir uma concepção de boa-fé realmente objetiva, fundada na injustiça das regulações existentes nos negócios

¹⁷ Cf. MARTINS-COSTA. *Ibid.* pp. 204-205.

¹⁸ Cf. MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* pp. 330-331.

¹⁹ *Ibid.* *Op. cit.* p. 331.

²⁰ *Ibid.* p. 331.

²¹ *Ibid.* p. 330.

²² A assertiva é ratificada por Clóvis V. do Couto e SILVA: “A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com a da *autonomia da vontade*. Pode-se mencionar que no século XIX o princípio da autonomia da vontade foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário. A essa amplitude de aplicação correspondeu uma profunda restrição no princípio da boa-fé, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese”. (SILVA, Clóvis V. do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 33-58. p. 34).

²³ Cf. MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 331.

jurídicos firmados pelos indivíduos, exercendo função integrativa e de controle do comportamento das partes²⁴, segundo *standards* considerados de acordo com a confiança recíproca e a lealdade.

Esse conciso e incompleto esboço histórico permite que se visualize a fronteira construída entre as variantes subjetiva e a objetiva da boa-fé. A diferença entre elas é explicada com precisão por Paulo NALIN:

Portanto, tem-se por subjetiva a boa-fé, crença, estado de ignorância, intenção e estado psicológico do declarante de vontade diante de um certo estado de coisas ou interesses jurídicos. O declarante age de modo a acreditar e intuir que os seus atos são orientados pela lei ou em respeito ao direito alheio. Por objetiva, de outro lado, toma-se a boa-fé numa ótica exterior ao declarante, na qual pouco importam as boas ou más intenções, sobressaindo-se os atos e manifestações, em conformidade com padrões ético-jurídicos vigentes, corresponde à lealdade, ao comportamento das pessoas honestas[...] ²⁵.

A diferenciação também é trabalhada por Francisco AMARAL:

A boa-fé é um princípio geral do direito que oferece duas perspectivas de análise e consideração. Para a primeira, de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. É estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito; é o respeito consciente ao direito de outrem. Para a segunda perspectiva, de natureza objetiva, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou da imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte, o que é próprio de um comportamento leal, probo, honesto, que traduza um dever de lisura, correção e lealdade, a que o direito italiano chama de *correttezza* ²⁶.

Tem-se então que a variante subjetiva da boa-fé diz respeito ao estado psíquico dos sujeitos, à sua crença quanto a legalidade e/ou regularidade de um determinado ato ou fato juridicamente relevante. Já a variante objetiva da boa-fé se distancia da psique dos indivíduos; ela se refere a um *standard* de comportamento leal e correto que deve ser observado por todos.

Explicitar aqui essa separação se faz necessário porque o direito pátrio, segundo Paulo NALIN registrou, não absorveu imediatamente a cisão entre boa-fé

²⁴ Cf. *Ibid.* pp. 332-333.

²⁵ NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 97-143. p. 123.

²⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civi introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.420.

subjetiva e objetiva²⁷. A influência da codificação francesa²⁸, e as limitações da língua portuguesa em face da alemã²⁹, fizeram com que, no Brasil, todas as concepções da figura inicialmente estivessem compreendidas na designação genérica de “boa-fé”.

Ocorre que essa referência concomitante às variáveis subjetiva e objetiva do princípio, mediante utilização de uma única expressão, fez com que parte dos aplicadores do direito incorressem em imprecisões técnicas.

Cita-se como exemplo a apelação cível nº 0003615-72.2009.8.19.0003, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁰⁻³¹, onde se manteve sentença que denegou um pedido de reintegração de posse. Veja-se a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ESBULHO POSSESSÓRIO – AUSÊNCIA – BOA-FÉ OBJETIVA – JUSTO TÍTULO – PROVA TESTEMUNHAL – APARÊNCIA DE DONO – POSSE DO BEM – DECURSO DO PRAZO DE 12 ANOS – FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE EM DETRIMENTO DA PROPRIEDADE REGISTRADA – ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Em que pese tratar de caso de direito possessório, campo onde se trabalha preponderantemente com a variante subjetiva da boa-fé, a ementa em apreço remete à boa-fé objetiva o que, por si só, levanta suspeita de equívoco no emprego da expressão. E essa suspeita se confirma com a leitura dos seguintes trechos voto condutor da decisão:

[...] restou demonstrado que a companheira do Apelado, comprou de boa-fé o terreno do Sr. Nelson Silveira Amorim, que além de ser pai dos sócios da empresa-autora, tinha aparência de dono e era tratado como tal pelo Poder Público Municipal.
[...]

²⁷ Nas palavras do autor: “[...] oportuno distinguir a boa-fé objetiva de boa-fé subjetiva, com brevidade. A especificidade terminológica decorrente da interpretação semântica alemã versada no BGB, a qual ficou oculta em nosso sistema, por conta de limitações do vernáculo nacional, praticamente ao longo de todo o século XX, sob a concepção singular e predominante da boa-fé subjetiva e da influência da codificação francesa.” (NALIN. Princípios... *Op. cit.* p. 122).

²⁸ Lembre-se que no sistema jurídico francês inaugurado pelo *Code*, a boa-fé objetiva exercia um papel extremamente reduzido, servindo apenas como reforço à vinculação das partes ao que foi pactuado.

²⁹ Não se pode esquecer que o BGB foi o campo onde, pela primeira vez, atribui-se designações distintas às duas variantes da boa-fé.

³⁰ TJRJ, Apelação Cível nº 0003615-72.2009.8.19.0003, Relator Desembargador Sidney Hartung. Julgado em 07 de agosto de 2013.

³¹ Ver ainda: TJRS, Apelação Cível nº 70034864942, Relator Desembargador Luiz Renato Alves da Silva, Julgado em 25 de novembro de 2011; TJTO, Apelação Cível nº 5009619-85.2013.827.0000, Relatora Desembargadora Jacqueline Adorno, Julgado em 10 de março de 2014; TJMA, Apelação Cível nº 013130/2006, Relator Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, Julgado em 03 de maio de 2007.

Diante dessas orientações legais e constitucionais, das evidências de que as Apelantes não cuidavam do imóvel objeto da lide e das provas de que o Apelado adquiriu a posse de boa-fé e de alguma forma cumpria a função social de sua posse, não restou espaço para a alegação de que o Sr. Nelson Silveira não tinha poderes para vender a área em questão.

Nesse caso, a despeito de não se ignorar que a parte apelada adquiriu imóvel junto a pessoa que não era sua legítima proprietária – o que, a rigor, enseja um vício –, reconheceu-se que a adquirente não deveria ser retirada da posse do bem, visto que ao efetivar a contratação, o fez acreditando que o alienante detinha poderes para firmar o ajuste.

Em outras palavras, imputou-se à apelada o estado de ignorância escusável acerca da condição do sujeito que lhe vendeu o imóvel, estado psíquico que avoca para o caso a boa-fé em sua faceta subjetiva, e não a objetiva, conforme mencionado no julgado.

É na tentativa de evitar esse tipo de equívoco que se pontua aqui a diferença entre ambas as variantes da boa-fé, afirmando-se que este trabalho será desenvolvido à luz da boa-fé objetiva, tal como entendida, dentre outros, por Cláudia Lima MARQUES:

[...] a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da *má-fé subjetiva* do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

[...]

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes³².

Para que fique claro: a vertente da boa-fé pertinente a esse trabalho é aquela abordada no primeiro parágrafo do texto acima transcrito, e não a segunda – que se refere ao estado psíquico dos indivíduos.

Em outras palavras, é boa-fé tomada como *standard* de comportamento legal correto e a sua aplicação aos contratos administrativos firmados entre particulares e o Poder Público é o que se pretende abordar nesse trabalho.

³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 181-182.

1.2. BOA-FÉ OBJETIVA E PROCESSO OBRIGACIONAL

A delimitação de um conceito abstrato de boa-fé objetiva, apesar de sua importância, é insuficiente para que ela seja compreendida a contento. A apreensão do seu conteúdo perpassa sua análise isolada e demanda a sua observação no interior de uma relação obrigacional tomada como processo, na forma da lição de Clóvis V. do Couto e SILVA³³.

Surge assim a necessidade de se tratar, ainda que rapidamente, do modelo de obrigação como processo.

A obrigação tomada como processo difere consideravelmente de um modelo obrigacional mais conservador, construído pela doutrina, e que foi – em alguma medida, ainda é – lecionado por bastante tempo nas faculdades de direito e aplicado por juristas.

Essa observação é corroborada por Judith MARTINS-COSTA, que vincula a visualização da obrigação como um processo a uma análise do

[...] perfil que lhe é antagônico, qual seja o que perspectiva a relação obrigacional como um *vínculo estático*, resultante da mera soma do crédito e do débito, vale dizer, do direito subjetivo de crédito e do dever jurídico estampado na dívida, perfil entre nós construído doutrinariamente[...]³⁴.

Conforme se retira da leitura do trecho acima transcrito, esse modelo mais tradicional de obrigação ilustra um vínculo jurídico estático estruturado a partir de um polo ativo (credor) que detém um direito, e de um polo passivo (devedor) a quem é imputado um dever (objeto da relação) de dar, fazer ou não fazer em favor daquele primeiro, de modo a satisfazer o seu direito.

Nesse arquétipo, trabalhado pelo professor Washington de Barros MONTEIRO, a “obrigação é o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto determinada prestação”³⁵, observado de forma externa e estática. O polo ativo detém o direito de receber o bônus; ao polo passivo cabe o ônus de satisfazê-lo mediante

³³ Cf. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

³⁴ MARTINS-COSTA. *op. cit.* p. 383.

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direitos das Obrigações-1ª parte**. Vol. 4. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11.

prestação específica. Aqui, a relação obrigacional é a soma exata dos elementos que a compõem. Não há direitos e deveres recíprocos, mas sim uma sujeição de um indivíduo a outro.

Contudo, essa concepção estática fornece apenas uma visão parcial e imprecisa da relação obrigacional. Sua perspectiva é meramente externa e não dá conta de explicar os efeitos da interação entre credor e devedor antes da formação da relação obrigacional³⁶, durante o seu desenvolvimento, e após a sua extinção.

O modelo de obrigação como processo, por seu turno, é pautado no pressuposto de que a relação obrigacional é mais do que a mera soma dos elementos que a compõem. Ela parte de uma visão da obrigação como uma totalidade, diversa da simples e mecânica combinação das partes que a geram.

Partindo dessa visão de obrigação como totalidade, o modelo de relação obrigacional tomada como processo, proposto por Clóvis V. do Couto e SILVA, pretende “sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”³⁷.

Nesse modelo, a sucessão de atos e fatos que ocorrem antes da formação, durante o desenvolvimento e após a extinção da relação obrigacional – sempre polarizada pelo seu adimplemento³⁸ –, são tomados em conta como fonte de direitos e deveres recíprocos³⁹, muitas vezes não projetados pelas próprias partes quando do início das tratativas que antecedem a formação do negócio jurídico.

As palavras do próprio Clóvis V. do Couto e SILVA são de clareza ímpar. Segundo ele, deve-se examinar “a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento”⁴⁰.

³⁶ Cf. MARTINS-COSTA. *op. cit.* p. 384.

³⁷ SILVA. **A obrigação...** *op. cit.* p. 21.

³⁸ A polarização da relação obrigacional pelo adimplemento é destacada por Clóvis V. do Couto e Silva: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade” (*Ibid.* p. 17).

³⁹ Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO trabalha a questão de maneira similar, referindo-se em sua obra à uma “complexidade intra-obrigacional”. Confira-se: “A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta.” (MENEZES CORDEIRO. *op. cit.* p. 586).

⁴⁰ SILVA. **A obrigação...** *op. cit.* p. 17.

É no interior dessa relação obrigacional dinâmica e complexa – tenha ela nascido de um contrato privado ou de um contrato público – que a boa-fé objetiva deve ser observada e analisada.

Judith MARTINS-COSTA chega a afirmar que a “concepção dinâmica do vínculo obrigacional, [é] sede, por excelência, da inserção da boa-fé objetiva”⁴¹.

E explica, afirmando que a boa-fé serve de substrato para que o modelo de obrigação como processo inaugure um paradigma de relação obrigacional não mais baseado unicamente no dogma da autonomia da vontade⁴².

Segundo a autora, o vínculo obrigacional entendido como uma totalidade, dinâmica e complexa, composto por múltiplos elementos indeterminados, abre espaço para que

[...] integrem essa relação não apenas os fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração de vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e *standards* de cunho social e constitucional⁴³.

Ademais, é preciso reconhecer que apenas o modelo de obrigação como processo, com toda a sua dinâmica e complexidade, comporta todas as funções da boa-fé objetiva, permitindo sua plena efetividade.

Numa concepção mais tradicional, a relação obrigacional é o retrato estático do momento da sua concepção, com o nascimento de um direito para o credor e de um ônus para o devedor. Não se concebe aqui deveres laterais de conduta, a serem observados por todas as partes contratantes. Tampouco se cogita a existência dos momentos pré-negocial e pós-negocial como etapas do processo obrigacional, onde as partes devem observar aqueles deveres, sob pena de responsabilização.

Essas noções somente encontram espaço no modelo de obrigação como processo. É nele que a boa-fé objetiva pode funcionar não apenas como cânone hermenêutico-integrativo, mas também como fonte dos mencionados direitos laterais de conduta, que devem ser observados em todas as etapas do processo obrigacional.

Além disso, o modelo obrigacional mais tradicional traz em si implícita a ideia de que a relação obrigacional goza de completude. Por ser equivalente à soma das partes que a originaram, a obrigação alberga desde logo todas as condições a serem

⁴¹ MARTINS-COSTA. *op. cit.* p. 382.

⁴² Cf. *Ibid.* pp. 394-395

⁴³ *Ibid.* p. 394.

observadas pelas partes, não havendo nela lacunas capazes de ensejar a sua integração *a posteriori*.

Ao conceber a obrigação como um processo dinâmico, complexo e constantemente mutável, o modelo proposto por Clóvis V. do Couto e SILVA admite a existência de lacunas na relação obrigacional, abrindo espaço para a utilização da boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo.

Por fim, a divisão fixa entre os polos ativo e passivo da relação obrigacional, onde apenas este último possui deveres em face do primeiro, titular de um direito, típica do modelo mais tradicional de obrigação, dificulta sobremaneira a compreensão da boa-fé objetiva como elemento de controle do exercício de posições jurídicas inadmissíveis pelo credor, vislumbrada, por exemplo, na proibição ao *venire contra factum proprium*.

Somente o arquétipo de obrigação como processo, e a relativização da divisão entre os polos ativo e passivo da relação obrigacional nele visualizada – onde “credor” e “devedor” são titulares de direito e deveres recíprocos – é capaz de dar conta da boa-fé objetiva enquanto elemento de controle do exercício de posições jurídicas por parte do credor, seja ele um sujeito de direito privado, ou um órgão ou entidade da Administração Pública.

1.3. CONCEPÇÕES DOGMÁTICAS DA BOA-FÉ OBJETIVA: PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL

Para manusear a boa-fé objetiva, é preciso ainda conhecer suas principais “concepções dogmáticas”, expressão empregada por Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO como sinônimo das tentativas – ou, em suas palavras, das “vias juscientíficas” – de explicá-la como elemento normativo que integra o ordenamento jurídico⁴⁴.

O próprio MENEZES CORDEIRO registra algumas dessas concepções dogmáticas da boa-fé objetiva, expondo teorizações que a tratam como espécie de conceito indeterminado, de tipo jurídico e até de padrão jurídico⁴⁵.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO. *op. cit.* pp. 1176-1196.

⁴⁵ *Idem*.

Mas, em apreço à objetividade, e prestigiando a forma como o tema foi abordado na doutrina pátria por Judith MARTINS-COSTA – cuja obra é o marco teórico para este ponto do trabalho –, opta-se por problematizar duas dessas concepções: a boa-fé objetiva como princípio jurídico, e a boa-fé objetiva como cláusula geral.

Franz WIEACKER aborda indiretamente essas duas concepções, pois intitula a sua obra de “El principio general de la buena fe” (em tradução para o espanhol) mas, nela, também trata o § 242 do BGB como uma cláusula geral⁴⁶.

O mesmo ocorre com Luis DíEZ-PICAZO que, ao tratar da boa-fé, ora denomina a figura de princípio geral da boa-fé, atribuindo a ela um importante papel moralizador das relações obrigacionais⁴⁷, ora prega cautela na sua utilização, chamando a atenção para a crítica feita à proliferação de cláusulas gerais e aos efeitos negativos desse fenômeno⁴⁸.

Na doutrina pátria, Rodrigo Xavier LEONARDO faz remissão a um movimento que ele denomina de redescoberta da boa-fé objetiva, por meio do qual a referida figura teria sido “erigida de princípio jurídico a cláusula geral na legislação de diversos países, e, no Brasil, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art. 4º, III, e art. 51, IV) e no novo Código Civil, nos arts. 112, 186 e 421”⁴⁹.

Vê-se portanto que, no mais das vezes, conferiu-se à boa-fé tanto a natureza de um princípio quanto a de uma cláusula geral, sem maiores preocupações em explicar as razões por que se faz isso.

Para entender a questão, é preciso ao menos tatear o que se compreende por princípio e por cláusula geral.

Passando-se ao largo do posicionamento de que não haveria diferença entre o significado de ambas as expressões⁵⁰, bem como dos embates acadêmicos

⁴⁶ Ele chega mesmo a criticar aqueles que realizam uma análise demasiado positivista da aplicação da boa-fé objetiva como cláusula geral, segundo a qual o § 242 do BGB seria apenas um mandamento geral, dirigido ao juiz o qual, aplicaria a boa-fé ao caso mediante “un juicio lógico de subsuncion”. Segundo ele, essa interpretação positivista da boa-fé objetiva como cláusula geral é inútil. (WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Segunda edición. Madrid (España): Editorial Civitas, 1986. pp. 29-34).

⁴⁷ DíEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial. V. 1: Introducción-Teoría del contrato**. Sexta Edición. Cizur menor (España): Thomson Reuters, 2007, p. 59.

⁴⁸ *Ibid.* pp. 65-57.

⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 78-79.

⁵⁰ A corrente é destacada por Judith MARTINS-COSTA, que utiliza como exemplo a doutrina de Ruy Rosado AGUIAR, que ao listar alguns exemplos de cláusulas gerais, registra dentre elas o princípio da igualdade: “As cláusulas gerais são inesgotáveis recursos de que poucos juízes brasileiros lançam mão

promovidos entre as diversas correntes principiológicas⁵¹, deve-se destacar a polissemia que permeia o conceito de princípio.

Essa peculiaridade, abordada por Genaro CARRIÓ e destacada por Judith MARTINS-COSTA, segundo a autora, é a principal razão para que os conceitos de princípio e cláusulas gerais sejam por vezes equiparados⁵².

Para resolver o problema, ela propõe que a busca por um conceito de princípio jurídico, tomado como norma jurídica, parta de uma perseguição à “[...] sua característica fundamental, o que se poderia chamar de *principium discriminationes* dos princípios”⁵³.

Apoiando-se em uma série de autores que admitem a natureza normativa dos princípios, ela afirma que o traço individualizador desse tipo de norma é o seu caráter fundante, ou seja, a qualidade que os princípios detêm de servir de fundamento do ordenamento jurídico e, portanto, de outras normas jurídicas⁵⁴.

Buscando ilustrar em quais situações uma norma jurídica pode servir de fundamento para outras – e com isso ser denominada de princípio jurídico – Judith MARTINS-COSTA utiliza a lição de Riccardo GUASTINI.

O referido autor, segundo pontua a professora gaúcha⁵⁵, observa que para uma norma possuir um caráter fundante, ao menos uma de três hipóteses deve se concretizar.

Pela primeira, a norma fundamento (A) é mais genérica que a norma que dela decorre (B), de modo que esta última pode ser deduzida logicamente daquela primeira.

Já na segunda, a norma fundamento (A) é o fim ou a diretriz que se persegue, e a norma dela decorrente (B) é o “meio” para a consecução do(s) objetivo(s) contido(s) naquela.

E na terceira, a norma fundamento (A) fixa a competência de uma autoridade, e a norma dela decorrente (B) é objeto de ato praticado por essa autoridade.

para o encontro da decisão justa, mas que aí estão (por exemplo, o art. 5º da Lei de Introdução ao CC; art. 159 do CC, o *princípio da igualdade*, consagrado no art. 5º da CF)” (Interpretação, *Ajuris*, v. 45, p. 19. *Apud.* MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.* p. 315).

⁵¹ Sobre o tema, conferir: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵² Cf. MARTINS-COSTA. *Op. cit.* pp. 315-316.

⁵³ *Ibid.* p. 321.

⁵⁴ Cf. *Ibid.* p. 321.

⁵⁵ Cf. *Ibid.* pp. 322-323.

Essa construção, longe de encerrar um conceito definitivo de princípio jurídico, fornece ao menos um instrumental definido que permite ao operador do direito detectar, com alguma precisão, se determinada norma jurídica consiste ou não em um princípio.

Todavia, a referida teorização não permite uma diferenciação entre um princípio jurídico e uma cláusula geral que, para Judith MARTINS-COSTA, constitui “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem tessitura e intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”⁵⁶.

Note-se que a definição acima destaca a generalidade das cláusulas gerais, característica que também é marcante nos princípios jurídicos, o que pode gerar confusão.

A constatação é confirmada por Francesco MANGANARO, para quem “Uma tentativa de distinção entre as duas figuras [princípios jurídicos e cláusulas gerais] não pode se fundar sobre a maior ou menor (in)determinação do enunciado normativo”⁵⁷, posto que “em ambos os casos, a natureza genérica do enunciado o torna aplicável a uma série indefinida de hipóteses”⁵⁸.

Após tecer essa crítica, o professor italiano procura solucionar o problema afirmando que as cláusulas gerais se diferenciam dos princípios porque os fatos previstos naquele tipo de norma não detêm conteúdo jurídico pré-definido, ao contrário do que ocorre neste tipo de norma⁵⁹.

A especificação desses fatos, segundo ele, somente ocorre *a posteriori*, mediante a realização de um juízo de valor pelo interprete em face das peculiaridades do caso concreto⁶⁰.

Em outras palavras, ao se deparar com uma cláusula geral, o intérprete se vê obrigado a realizar não apenas juízos de fato, em virtude da generalidade do enunciado, mas também de valor:

⁵⁶ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 303.

⁵⁷ MANGANARO, Francesco. **Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. pp. 91-92. Tradução livre de, “Un tentativo di distinzione tra le due figure [princípios jurídicos e cláusulas gerais] non può fondarsi sulla maggiore o minore (in)determinatezza dell'enunciato normativo”, posto que “in entrambi i casi, infatti, la genericità dell'enunciato li rende applicabili ad una serie indefinita di ipotesi”.

⁵⁸ MANGANARO. *Ibidem*. p. 92.

⁵⁹ c.f. MANGANARO. *Op. cit.* p. 92-93

⁶⁰ MANGANARO. *Op. cit.* pp. 92-93.

Segue, em primeiro lugar, que a aplicação desse tipo de norma requer do intérprete um juízo que é, ao mesmo tempo, de fato e de valor, uma vez que é necessário individualizar o fato previsto na norma e o valor que se pretende tutelar. Com efeito, e melhor dizendo, a subsunção ocorre “ao contrário”, porque é o juízo sobre o fato que dá sentido à proposição normativa (à sua indeterminação) da cláusula geral. O conceito de “bom costume”, por exemplo, é insuscetível de especificação a priori no nível normativo, sendo impossível individualizar as diferentes “fattispecie” para que alcancem efeito jurídico. Mas, mesmo onde há um standard especificativo do conteúdo normativo da cláusula, a individualização do conteúdo (indeterminado) da norma acontece sempre através da especificação do fato. A segunda característica peculiar da cláusula é a clara vontade do legislador de introduzir no ordenamento jurídico, sem substancial modificação, prescrições do sistema ético ou, também, parâmetros de valoração extralegal. Embora não seja oportuno e necessário avaliar aqui a relação entre direito e moral, é suficiente, no entanto, lembrar que cada cláusula geral, ao se referir a princípios éticos ou extralegais, remete-se necessariamente a um juízo de valor (Wertbegriff).⁶¹

Judith MARTINS-COSTA agrega às cláusulas gerais outra característica capaz de distingui-las de princípios jurídicos. Segundo a autora, ao contrário do que ocorre com os princípios, o ordenamento jurídico não comporta cláusulas gerais inexpressas, posto que “Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua ‘implicitude’. Ou estão formuladas na lei ou não estão”⁶².

Assim, as cláusulas gerais seriam sempre expressas e sempre demandariam do operador do direito a realização de juízos de fato e de valor, remetendo-o a outros espaços do ordenamento jurídico e até mesmo externos a ele, enquanto que os princípios podem tanto ser explícitos quanto implícitos, e nem sempre demandam do operador juízos referentes a fatos e/ou a valores.

Mas essa diferenciação ainda não esgota a questão, posto que não acoberta o grupo de enunciados normativos expressos, com texto genérico, que demande do operador do direito juízos de valor e aos quais se atribui o *status* de princípio.

⁶¹ MANGANARO. *Ibidem*. pp. 92-93. Tradução livre de: “Ne consegue, innanzitutto, che l'applicazione di questo tipo di norme richiede all'interprete un giudizio che sai, nello stesso tempo, di fatto e di valore, poiché è necessario individuare sia il fatto previsto dalla norma sia il valore che si intende tutelare. Anzi, per meglio dire, la sussunzione avviene <<alla rovescia>>, perché il giudizio sul fatto riempie di significato la proposizione normativa (a sua indeterminata) della clausola generale. Il concetto di <<buon costume>>, ad esempio, è insuscettibile, di ulteriori specificazioni a livello normativo, essendo impossibile che il legislatore individui le differenti fattispecie, cui far conseguire l'effetto giuridico. Ma, anche ove sussistano standard specificativi del contenuto normativo della clausola, l'individuazione del contenuto (indeterminato) della norma avviene sempre attraverso la specificazione del fatto. La seconda caratteristica peculiare della clausola è la palese volontà del legislatore di introdurre nell'ordinamento giuridico, senza sostanziali modificazioni, prescrizioni del sistema etico o, comunque, parametri di valutazione extralegal. Sebbene non sia opportuno e necessario riesaminare in questa sede i rapporti tra diritto e morale, è sufficiente, tuttavia, ricordare che ogni clausola generale, richiamandosi a principi etici o extralegal, rinvia necessariamente ad un giudizio di valore (Wertbegriff)”.

⁶² MARTINS-COSTA. *Idem*. p. 323.

Para Judith MARTINS-COSTA, os enunciados normativos que se enquadram nessa hipótese não se submetem a uma separação estanque entre princípios e cláusulas gerais. Nesses casos, segundo ela, o que se vislumbra são cláusulas gerais que contém em si um ou mais princípios. A questão é ilustrada em sua obra da seguinte forma:

Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral *conter* um princípio, *reenviando ao valor que este exprime*, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral⁶³.

Como se vê, a autora utiliza o § 242, do BGB, como exemplo de cláusula geral que contém um princípio.

E considerando que o referido dispositivo possui redação e conteúdo similar ao do art. 422, do Código Civil Brasileiro de 2002, parece razoável afirmar que este último enunciado normativo engendra uma cláusula geral que contém em si um princípio.

Em outras palavras, partindo-se do entendimento da professora Judith MARTINS-COSTA – o qual, neste aspecto, é adotado no presente trabalho – afirma-se que o art. 422, do Código Civil vigente consiste em uma cláusula geral que contém em si um princípio, posto que se trata de um enunciado normativo expresso, com texto genérico, cujo conteúdo, em que pese deter caráter fundante no que se refere às relações obrigacionais, não pode ser definido *a priori*, ficando sempre dependente de um juízo de valor por parte do operador do direito.

1.4. AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

A apreensão do conteúdo de uma figura jurídica pode ser facilitada pela análise das funções que ela desempenha no ordenamento jurídico.

É partindo dessa premissa que se passa a avaliar as principais funções atribuídas pela doutrina privatista à boa-fé objetiva, no que diz respeito ao universo dos contratos.

⁶³ MARTINS-COSTA. *Idem*. p. 323.

Classificar as funções exercidas pela boa-fé objetiva em matéria contratual não é tarefa simples. É da natureza da boa-fé objetiva deter um caráter plástico, fluído, apto a se moldar e disciplinar diferentes aspectos das relações contratuais.

Franz WIEACKER, já alertou que

por trás da aplicação do § 242 [dispositivo do BGB que determina a aplicação da boa-fé objetiva] se ocultam hoje em dia tarefas judiciais totalmente distintas, de tal maneira que os problemas práticos fundamentais [...] já não podem ser solucionados de maneira uniforme⁶⁴.

Nada obstante, o autor alemão propõe a sistematização das diversas funções exercidas pela boa-fé objetiva a partir da formulação de uma classificação relacionada às formas de aplicação do § 242 do BGB, concluindo que, no mais dos casos, o referido dispositivo se prestaria a três propósitos: a) servir como plano para a realização de um juízo de valor por parte do aplicador do direito; b) refletir uma máxima de conduta ético jurídica; e c) funcionar como elemento de ruptura ético-jurídica em relação ao direito positivo⁶⁵.

Em que pese ter sofrido adequações materiais, essa estrutura de tríplice divisão das funções desempenhadas pelo § 242 do BGB, sobreviveu ao tempo, passando a ser atribuída expressamente à boa-fé objetiva e sendo incorporada ao direito dos contratos.

Na Espanha, por exemplo, Joaquim Ataz LÓPEZ afirma que “No direito dos contratos, onde normalmente só se faz referência a boa-fé em seu sentido objetivo, esta cumpre uma tríplice função”⁶⁶.

Judith MARTINS-COSTA ensina que, no Brasil, “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções”⁶⁷.

⁶⁴ WIEACKER. *Op. cit.* pp. 49-50. Tradução livre de “tras la aplicación del 242 [dispositivo do BGB que determina a aplicação da boa-fé objetiva] se ocultaran hoy en día tareas judiciales totalmente distintas, de tal manera que los problemas prácticos fundamentales [...] no puedan ya solucionarse de manera uniforme”.

⁶⁵ Cf. *Ibid.* pp. 52-85.

⁶⁶ LÓPEZ, Joaquim Ataz. La Buena Fe Contractual. In: RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.); IBERNÓN, Nives Moralejo (coord.) MOLINA, Susana Quicios (coord.). **Tratado de Contratos**. T. 1: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 185-189. p. 185. Tradução livre de: “En el derecho de los contratos, donde se suele hacer referencia a la buena fe en su sentido objetivo, ésta cumple una triple función” “No direito dos contratos, onde normalmente só se faz referência a boa-fé em seu sentido objetivo, esta cumpre uma tríplice função”.

⁶⁷ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 427.

Para a autora, essas três funções são “a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”⁶⁸.

Essas funções, tal como definidas pela autora, encontram amparo na doutrina pátria⁶⁹.

Clóvis V. do Couto e SILVA, já em 1979, adotou posicionamento que se alinha à classificação proposta pela jurista gaúcha:

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, **exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte**⁷⁰.

O mesmo se observa em artigo escrito por Antonio Junqueira de AZEVEDO:

Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral da boa-fé no campo contratual, porque justamente a ideia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo, *corrigendi*. Esse é o papel da cláusula geral da boa-fé na fase estritamente contratual⁷¹.

Cita-se ainda trecho da obra de Caio Mário da Silva PEREIRA:

A boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (dever de correção, de cuidado e de segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos (proibição do *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com a conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu*

⁶⁸ *Ibid.* pp. 427-428.

⁶⁹ Deve-se registrar que há opinião diversa. Para Rosalice Fidalgo PINHEIRO, a boa-fé objetiva tem não apenas três, mas quatro funções primordiais, quais sejam: “interpretativa, o sentido revelado pela confiança prevalece sobre a vontade; integrativa, deveres acessórios de conduta transcendem a conclusão e extinção do contrato, alargando os limites da responsabilidade contratual; limitativa, controle do exercício de posições jurídicas; e finalística, a busca pela justiça e equilíbrios contratuais”. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percursos teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél. Curitiba, 2004. p. 5.

⁷⁰ SILVA. **O princípio da boa-fé...** *Op. cit.* p. 42. Destacou-se.

⁷¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo. Ano 89, mai/2000. Vol. 775. pp. 11-17. p. 14.

quoque, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado).⁷²

São, portanto, 3 (três) as principais funções exercidas pela boa-fé objetiva em matéria contratual: *a)* a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato; *b)* o de fonte de direitos e deveres jurídicos; e *c)* a de elemento de controle do exercício de posições jurídicas pelas partes contratantes.

1.4.1. Primeira função: boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo.

A primeira e mais conhecida das funções da boa-fé objetiva é a de cânone hermenêutico-integrativo, por meio da qual a figura atua como “*kanon* hábil ao preenchimento de lacunas”⁷³, segundo a lição de Judith MARTINS-COSTA.

Renata C. STEINER segue na mesma toada, afirmando que “Enquanto princípio, é evidente que a boa-fé objetiva serve à interpretação e à integração no caso de lacunas”⁷⁴.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva se coloca como instrumento apto a permitir que o aplicador do direito avalie situações onde o comportamento das partes contratantes não encontra correspondência com o texto de uma norma legal, ou das cláusulas expressamente opostas no contrato.

Em face dessas lacunas, o modelo de comportamento leal contido na boa-fé serve como um norte para a qualificação do comportamento objetivo dos sujeitos contratantes. Com isso, pode-se dizer se determinado ato praticado é ou não compatível com a essência do contrato – negócio jurídico tendente ao adimplemento –, esteja ele ou não previsto expressamente em alguma regra legal ou contratual.

A questão é exposta por Judith MARTINS-COSTA, que se ampara na obra de Giovanni Maria UDA:

[...] para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem da expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. III: Contratos**. 15. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18.

⁷³ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 428.

⁷⁴ STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latim, 2014. p. 69.

necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto⁷⁵.

É preciso, todavia, ter o cuidado de não confundir os efeitos da aplicação da boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo com aqueles decorrentes de uma interpretação integradora.

Clóvis V. do Couto e SILVA faz esse alerta, pontuando a dificuldade de realizar uma delimitação a contento⁷⁶. Explica, todavia, que a interpretação integradora, no mais das vezes

[...] se adstringe, tão-somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativo) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações⁷⁷.

Nada obstante não envolver apenas a boa-fé objetiva, merece nota neste ponto a teoria da aparência, destinada a proteger os interesses – econômicos ou não – dos indivíduos (sobretudo terceiros) que, de boa-fé, sofrem os efeitos de situação jurídica que, apesar de insubsistente, aparenta ser regular.

Victor Frederico KÜMPEL explica que

[...] aparência é a proteção, pelo sistema jurídico (princípios e regras), garantindo a existência, validade e eficácia de determinadas relações jurídicas, por haver uma exteriorização (publicidade) divorciada da realidade, a qual faz crer todos na seriedade do negócio jurídico, pela incidência da boa-fé objetiva e, principalmente, ao terceiro legitimado (boa-fé subjetiva), gerando regulares efeitos econômicos diretos e indiretos, muito embora a situação protegida esteja estribada numa situação insubsistente⁷⁸.

Judith MARTINS-COSTA trabalha a teoria da aparência em sede de interpretação e integração contratual, afirmando que, neste espaço, a boa-fé objetiva serve de parâmetro para a valoração da conduta do sujeito que deu causa à insubsistência da relação contratual, enquanto que a boa-fé subjetiva se presta à

⁷⁵ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 429.

⁷⁶ Cf. SILVA. **A obrigação**.... *Op. cit.* p. 36.

⁷⁷ *Ibid.* p. 36.

⁷⁸ KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. p. 57-58.

valoração da condução do indivíduo que tenha sofrido dano decorrente daquela insubsistência⁷⁹.

Não se pode dar as costas à importância desse instrumental o qual, fundado na boa-fé, pode garantir a segurança jurídica de sujeitos que firmam negócios jurídicos – inclusive com órgãos e entidades da Administração Pública – que, apesar de conterem vícios, detinham a aparência de existirem de forma válida e eficaz.

1.4.2. Segunda função: boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres jurídicos

Em matéria contratual, a boa-fé objetiva serve como matriz de direitos e deveres jurídicos, especialmente dos chamados deveres laterais de conduta ou deveres instrumentais.

Clóvis V. do Couto e SILVA pontua que nem todos os direitos e deveres contratuais promanam do exercício da autonomia da vontade pelas partes. Alguns deles são inerentes à natureza contratual da relação e à necessidade de as partes, independentemente de suas vontades, agirem de forma leal e proba, de modo a proteger os interesses jurídicos do parceiro contratante⁸⁰.

Esses deveres – tangenciados por Franz WIEACKER ao tratar dos *naturalia negotti*⁸¹ – normalmente não decorrem diretamente de uma cláusula contratual ou disposição legal, e seu conteúdo não pode ser definido *a priori*, ou seja, antes e fora da análise do caso concreto.

Tratam-se, dentre outros, dos deveres de colaboração, cooperação, de informação, de cuidado e segurança, de sigilo, dentre outros.

Um sujeito contratado por uma empresa para, por exemplo, desenvolver e implantar um *software* de controle de estoque, acaba assumindo perante o contratante um dever de manter sigilo acerca de informações fiscais e contábeis com as quais

⁷⁹ Cf. MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 435.

⁸⁰ Cf. SILVA. *Op. cit.* pp. 37-39 e 91-98.

⁸¹ WIEACKER registrou em sua obra que “Al sentido y significación del contrato pertenecen de manera especial los llamados *naturalia negotti* de tradición del Derecho común que con frecuencia no son convenidos de forma expresa precisamente porque valen entre las partes como *naturalia*. Fundamentalmente es aquí donde las obligaciones accesorias derivadas de la naturaleza de las cosas encuentran su sitio, en particular las consecuencias de las obligaciones aceptadas de modo expreso” (WIEACKER. *Op. cit.* p. 54).

porventura tenha contato durante o processo de desenvolvimento/implantação, mesmo após o perfeito adimplemento da obrigação principal.

E esse dever se impõe, ainda que não esteja expressamente previsto no contrato firmado entre os sujeitos contratantes, ou não derive diretamente de algum dispositivo legal, posto que decorre da própria relação obrigacional e do comportamento leal que os sujeitos nela envolvidos devem manter.

Outra característica importante dos deveres laterais de conduta é que eles, nas palavras de Judith MARTINS-COSTA,

[...] não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais [...]. Estão, antes, referidos ao *exato processamento da relação obrigacional*, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente.⁸²

Nessa esteira – e fazendo uso do mesmo exemplo anteriormente construído – se o sigilo imposto pela boa-fé objetiva ao contratado é quebrado, e as informações fiscais e contábeis do contratante são repassadas a outrem, resta caracterizado o ilícito, ainda que o software objeto da avença tenha sido devidamente desenvolvimento e implantado.

Este exemplo permite ainda que se observe outra característica da boa-fé objetiva enquanto fonte geradora de direitos e deveres laterais: ela se faz presente em todos os momentos do processo obrigacional, impondo às partes ônus e bônus não apenas durante a execução do contrato, mas também antes da sua formação (obrigação pré-contratual) e depois da sua regular extinção (obrigação pós-contratual).

A impressão é ratificada por Antonio Junqueira de AZEVEDO e Patrícia Buendgens SCHNEIDER, que destacam a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, respectivamente:

Sempre digo que o contrato é um “processo” em que há começo, meio e fim. Temos fases contratuais – fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual. Uma das possíveis aplicações da boa-fé é aquela que se faz na fase pré-contratual; nessa fase, temos as negociações preliminares e tratativas. É um campo propício para a regra do comportamento da boa-fé, eis que, aí, ainda não há contrato e, apesar disso, já são exigidos aqueles

⁸² MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 439-440.

deveres específicos que uma pessoa precisa ter como correção de comportamento em relação a outra.⁸³

O novo Código Civil Brasileiro faz menção expressa à boa-fé objetiva como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos em seu art. 422, impondo a ambos os contratantes, seja a relação contratual de cunho civil ou mercantil, o dever de lealdade e de cooperação em todas as fases do contrato, inclusive após a sua extinção (*post factum finitum*).⁸⁴

Em face disso, deve-se reconhecer ainda que a boa-fé objetiva, enquanto fonte de direitos e deveres, reforça a noção de relacional obrigacional como processo, que permite a sua observação enquanto totalidade complexa e constantemente mutável.

Isso porque somente esta concepção de obrigação admite que as partes contratantes possuam direitos e deveres recíprocos antes e após a execução do contrato.

A assertiva é confirmada por Judith MARTINS-COSTA, para quem

[...] a concretização desses deveres instrumentais põe em relevo a concepção da relação obrigacional como totalidade e como um processo, porquanto, em regra, eles se configuram durante do desenrolar obrigacional, durante a tramitação da vida do contrato.⁸⁵

Vê-se, portanto, que a compreensão da boa-fé objetiva tomada enquanto fonte de direitos e deveres jurídicos pressupõe o domínio de uma construção teórica – a noção de obrigação como processo – consideravelmente complexa, ignorada até algum tempo atrás.

1.4.3. Terceira função: boa-fé objetiva como elemento de controle do exercício de posições jurídicas

A última das três funções da boa-fé objetiva que merece ser abordada é a de elemento de controle do exercício de posições jurídicas pelas partes contratantes.

⁸³ AZEVEDO. *Op. cit.* p. 12.

⁸⁴ SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Princípio da boa-fé – um instrumento de dirigismo contratual. In: NALIN, Paulo (coord.). **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. v. 2. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 153-189. p. 183.

⁸⁵ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 443.

Trata-se da boa-fé objetiva agindo como limite parcial ou total ao exercício de posições jurídicas que, apesar de genericamente possíveis, mostram-se no caso concreto prejudiciais ao perfeito adimplemento da relação obrigacional.

A noção de impossibilidade de exercício de posições jurídicas no âmago da relação contratual remonta às figuras da *exceptio doli* e do abuso de direito⁸⁶.

A primeira surgiu no direito romano, e consistia numa das possíveis defesas oponíveis àquele que agia com dolo no momento da formação do negócio jurídico ou durante a discussão do mesmo.

A segunda é atualmente regulada pelo art. 187 do Código Civil, cujo texto reza que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Por muitos séculos, a abordagem da boa-fé como controle do exercício de posições jurídicas se limitou a essas duas figuras.

Todavia, não se pode perder de vista que ambas surgiram em contextos históricos onde o contrato era concebido sob um viés excessivamente subjetivista, preponderantemente norteado pelo dogma da autonomia da vontade⁸⁷.

Com a superação do dogma da autonomia da vontade como principal pedra de toque dos contratos e o desenvolvimento da noção de obrigação como processo polarizado pelo adimplemento, inevitavelmente surgiram outras figuras que, de alguma forma, limitam ou impedem o exercício de posições jurídicas pelas partes contratantes. E essas manifestações passaram a ser sistematizadas a partir da boa-fé objetiva.

Judith MARTINS-COSTA pontua essa virada:

Durante muito tempo, a doutrina da inadmissibilidade do exercício de direitos subjetivos restou limitada às figuras do abuso de direito e da *exceptio doli*, esta proveniente do direito romano, aquela de construção da jurisprudência francesa. Uma e outra soluções, contudo, a par de dificultarem a sistematização dos variados casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancoradas numa perspectiva subjetivista, marcada pela

⁸⁶ Sobre a figura e a sua regulação à luz do Código Civil de 2002, ver: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. *In.*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004. pp. 89-110.

⁸⁷ Ainda que o art. 187 do Código Civil vigente fale em abuso de direito quando da extrapolação dos limites econômicos e sociais do contrato, seria imprudente ignorar que a figura é fruto da construção jurisprudencial francesa, produzida sob o dogma subjetivista. A *exceptio doli*, por sua vez, trata com a própria ideia de dolo, ou seja, de estado psíquico consciente de ma-fé.

relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais importante projeção. Por isso a tendência, hoje verificável, de sistematizar estes casos através do recurso à boa-fé objetiva, caminho que se insere na tendência que busca especificar os casos de aprovação da boa-fé objetiva, tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico⁸⁸.

De todas as possíveis figuras que, sistematizadas a partir da boa-fé objetiva, limitam ou impedem o exercício de posições jurídicas pelas partes contratantes⁸⁹, cita-se aqui, a título ilustrativo, cinco delas.

A primeira delas é a figura do *adimplemento substancial do contrato*.

O art. 475, do Código Civil, estabelece que “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

A literalidade do dispositivo indica que o inadimplemento do contrato gera para o sujeito lesado, além do direito à indenização por perdas e danos, a prerrogativa de ver rescindida a avença, com o retorno ao *status quo ante*.

A figura do adimplemento substancial retira dessa disposição legal o seu caráter absoluto, relegando a um segundo plano o direito potestativo do sujeito de ver o contrato rescindido nos casos em que o inadimplemento se mostrar insignificante em face das peculiaridades do caso concreto.

Jones Figueirêdo ALVES explica o conceito em trecho de artigo de sua autoria:

[...] o suporte fático que orienta a doutrina do adimplemento substancial, como fator desconstrutivo do direito de resolução do contrato por inexecução obrigacional, é o incumprimento insignificante. Isso quer dizer que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, em posição contratual na qual se coloca o devedor, não se figurando razoável a extinção do contrato. Não haverá inadimplemento imputável para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas⁹⁰.

⁸⁸ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* pp. 455-456.

⁸⁹ Sobre o tema, ver: DUARTE, Ronnie Preus. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.) **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004. pp. 399-433. pp. 425-433.; MARTINS-COSTA. *Op. cit.* pp. 455-472; MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* pp. 661-901.

⁹⁰ ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substancial performance”) no negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. p. 406. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 4. São Paulo: Método, 2004. pp. 405-414. p. 406.

Vê-se, portanto, que a teoria do adimplemento substancial, fundada na boa-fé objetiva, relega a um segundo plano o eventual direito de uma das partes contratantes pleitear a resolução do contrato, quando a outra parte comprova que cumpriu quase que integralmente suas obrigações advindas do vínculo.

A segunda figura é o limite à oposição da exceção do contrato não cumprido.

Sabe-se que nos contratos bilaterais, o descumprimento de uma obrigação por uma das partes contratante gera para a outra o direito de paralisar a execução de suas obrigações, mediante a oposição da exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil⁹¹.

A oposição da referida exceção, contudo, pode ser obstada pela boa-fé objetiva, nos casos em que se mostrar desproporcional ao descumprimento praticado pela outra parte. Nesse sentido, cita-se trecho de Paulo Sérgio Velten PEREIRA, segundo o qual “A boa-fé impõe [...] que as partes demonstrem tolerância uma em relação à outra, sendo desnecessário lançar mão da *exceptio* quando falte parte mínima da prestação ou a mesma tenha sido cumprida com pequena imperfeição”⁹².

Assim, não apenas a exceção do contrato não cumprido encontra fundamento na boa-fé objetiva, como também uma eventual impossibilidade de ela ser invocada quando se mostrar desproporcional em face do descumprimento cometido por uma das partes contratantes.

A terceira é a figura do *tu quoque*.

É da natureza do contrato bilateral e do seu sinalagma permitir que as partes contratantes exijam umas das outras a prestação dos deveres contratuais assumidos com a formação da avença. Sem isso, o contrato perderia sua razão de ser.

O *tu quoque*, todavia, limita esse poder. Em síntese, ele impede que determinado sujeito contratante, após descumprir uma dada disposição contratual, exija do outro sujeito a observância desta mesma disposição.

Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO explica com maestria em que consiste a figura:

A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer

⁹¹ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

⁹² PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**. Dissertação. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008. p. 156.

a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Está em jogo um vector axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*. [...]. Fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento.⁹³

A quarta é a vedação imposta ao comportamento contraditório das partes contratantes, resumido no brocardo *venire contra factum proprium*.

Essa proibição protege a legítima confiança dos sujeitos contratantes, impedindo que as partes, no bojo da relação jurídica, adotem comportamento num determinado sentido e, posteriormente, mudem sua postura, pretendendo exercer atos que, mesmo genericamente possíveis em face da disciplina contratual e legal, sejam contraditórios em relação àqueles praticados anteriormente.

Veja-se trecho de artigo de Ronnie Preus DUARTE onde a questão é trabalhada:

A vedação ao *venire contra factum proprium* surge por influxo do princípio da confiança. Assegura-se a manutenção da situação de confiança legitimamente criada nas relações jurídicas contratuais. [...]. É uma regra de coerência, por meio da qual se veda que se aja em determinado momento de uma certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento que frustra, vai contra aquela conduta tomada em primeiro lugar.⁹⁴

Como se vê, a boa-fé objetiva tutela a coerência do comportamento das partes observado durante todo o processo obrigacional, servindo de óbice a contradições verificadas neste interregno.

E a quinta consiste na inalegabilidade de problemas formais.

O Código Civil, como se sabe, prevê que são nulos os negócios que não se revestirem da forma prevista em lei, ou que não tiverem sido celebrados em solenidade que a lei considere essencial para a sua validade (art. 166, II e IV).

Vícios desse tipo engendram matéria de ordem pública, podendo, a rigor ser apontados a qualquer tempo, por qualquer sujeito e, uma vez confirmados, devem de regra culminar na extinção do ato jurídico e no retorno ao *status quo ante*.

Todavia, há situações em que a alegação de existência de vício formal no ato se dá de forma abusiva por uma das partes, gerando, para a outra, prejuízos por vezes insuportáveis.

⁹³ MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 837.

⁹⁴ DUARTE. *Op. cit.* p. 425.

Em situações assim, a boa-fé objetiva pode ser invocada como impeditivo para o desfazimento do ato, ou então como elemento jurídico capaz de afastar ou amenizar os prejuízos da parte de boa-fé⁹⁵.

⁹⁵ A figura da inalegabilidade de vícios formais, como bem ensina Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, somente pode ser invocada pela parte que detiver também boa-fé subjetiva. Para ele, em se cogitando de aplicar essa figura “Primordial é, como dito, [analisar] a posição jurídica da pessoa contra quem se pretende valer a nulidade formal. Essa posição equaciona-se em dois aspectos: a sua relação com o vício formal e as consequências para ela emergentes da nulidade, caso seja declarada”. Quanto ao primeiro aspecto mencionado no trecho anterior, ele afirma que “deve entender-se a necessidade de a boa fé subjectiva por parte de quem queira fazer valer a inalegabilidade ou seja, de desconhecimento, aquando da <<celebração>> do contrato, da necessidade formal”. (MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 783).

2. BOA-FÉ: DO DIREITO PRIVADO AO DIREITO PÚBLICO

O primeiro capítulo deste trabalho tratou de sintetizar o desenvolvimento da boa-fé objetiva no âmbito do direito privado, e de destacar a sua importância no que se refere ao desenvolvimento das relações negociais privadas.

Não seria adequado, contudo, passar diretamente ao estudo da sua aplicabilidade aos contratos públicos. Isso porque a referida análise pressupõe a incidência da boa-fé na seara do direito público. Melhor dizendo, antes de se tratar da utilização da boa-fé (seja a subjetiva, seja a objetiva) no âmbito dos contratos públicos, faz-se necessário abordar sua aplicação ao direito público.

É preciso, portanto, repisar os argumentos contrários à incidência da boa-fé à esfera juspublicista, sobretudo porque a discussão, como bem lembra Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, ganha relevo em âmbito nacional em virtude da “ausência de sua consagração explícita em nosso texto constitucional”⁹⁶.

A partir disso, mostra-se necessário verificar algumas das obras que defendem a aplicação da boa-fé ao direito público e ao direito administrativo.

Por fim, é pertinente tracejar uma síntese dos entendimentos esboçados em relação à aplicação da boa-fé a diferentes atividades administrativas.

2.1. AS OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DA BOA-FÉ AO DIREITO PÚBLICO

Para se falar da aplicação da boa-fé – figura que se desenvolveu, sobretudo, no seio de relações jurídicas tidas como privadas – à seara publicista, o primeiro passo a ser dado é na direção da superação da dicotomia estanque entre direito público e direito privado.

Com efeito, a distinção entre atos de direito público e atos de direito privado remonta à Roma, mais especificamente em seu período clássico⁹⁷. Todavia, a dicotomia estanque e absoluta entre as duas esferas do Direito somente se consolidou

⁹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 127.

⁹⁷ Cf. LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. pp. 94-95. In.: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 87- 117.

com os movimentos da codificação e do constitucionalismo. É o que registra Marcos de Campos LUDWIG:

[...] foi mormente devido aos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo – bem como à laboriosa tarefa de sistematização da ciência jurídica que se fez necessárias – a que se originou, na qualidade de verdadeiro axioma, a concepção dicotômica da relação entre direito público e privado.

Foi a partir desse momento que o direito público e o direito privado passaram a ser encarados como sistemas separados, independentes e autoexcludentes.

Noberto BOBBIO ilustra com maestria os contornos dessa dicotomia:

Os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independente do outro, ou então apenas um deles é definido e o outro ganha uma definição negativa [...]. Neste segundo caso, diz-se que o primeiro é o termo forte, o segundo o termo fraco. A definição de direito público e de direito privado acima mencionada é um exemplo do primeiro caso, mas dos dois termos o mais forte é o primeiro, na medida em que ocorre frequentemente de “privado” ser definido como “não público” [...], raramente o contrário. Além do mais, pode-se dizer que os dois termos de uma dicotomia condicionam-se reciprocamente, no sentido de que se reclamam continuamente um ao outro: na linguagem jurídica, a escritura pública remete imediatamente por contraste à escritura privada e vice-versa; na linguagem comum, o interesse público determina-se imediatamente em relação e em contraste com o interesse privado e vice-versa. Enfim, no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa. Para cada uma das situações a que convém o uso da dicotomia, as duas respectivas esferas podem ser diversas, cada uma delas ora maior ora menor, ou por um ou por outro dos dois termos. Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado é que, aumentando a esfera do público, diminui a esfera do privado, se aumentado a esfera do privado diminui a esfera do público.⁹⁸

De fato, a dicotomia construída entre o direito público e o direito privado está na base das objeções feitas à aplicação da boa-fé às relações de direito público e, em especial, às de direito administrativo.

Quem anota isso é o próprio Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO⁹⁹, ilustrando a assertiva, dentre outros, com posicionamento de Otto

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 2ª ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 16.

⁹⁹ Em seu livro “Da boa-fé no direito civil”, Antonio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO registra em nota de rodapé o seguinte: “Também OTTO MAYER, *DeutVwR* (1924, reimp. 1964) 1, § 115, II (115, 117 e 118), defende que as relações entre o Estado e os administrados se regem, apenas, por direito público, que é inadmissível proceder, no seio deste, a operações de melhoria ou de complementação através da analogia com disposições civis, que não há institutos comuns privados e

MAYER, expoente do movimento que lutou pela autonomia científica do direito administrativo, e que pregava a impossibilidade de o Poder Público balizar seu comportamento em comandos jurídicos privatistas, posto que ao Estado cabia apenas a submissão absoluta ao direito público¹⁰⁰.

Ocorre que essa dicotomia estanque entre direito público e direito privado obsta a incidência da boa-fé à esfera publicista.

Por ter se desenvolvido essencialmente no âmbito do direito privado, a boa-fé absorveria dele uma suposta natureza privada, tornando-se incompatível com as relações jurídicas travadas no interior do direito público. Sua aplicação à esfera pública seria assim absolutamente inviável

Esse óbice, contudo, não prospera.

Em primeiro lugar, há que se destacar a lição de Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO, segundo quem a boa-fé não se submeteria às fronteiras impostas pela referida dicotomia por ser anterior a ela:

No que toca à boa-fé em geral, a sua qualificação como património jurídico cultural comum às mais diversas disciplinas não oferece, à partida, dúvidas. A cisão entre Direito público e Direito privado ganhou forma estrita, apenas, com o liberalismo e com as codificações civis por ele impulsionadas; a boa-fé é muito anterior. No direito romano, “normas públicas” e “privadas” interligavam-se, a todas interceptando a boa fé. No Direito intermédio pode salientar-se o impulso decisivo dado, à boa fé, por Hugo Grotius, justamente em áreas hoje ditas de Direito público.¹⁰¹

Demais disso, é sabido que a dicotomia extremista entre direito público e direito privado está, em alguma medida, superada.

Hoje, reconhece-se que “Estamos, pois, diante de um quadro plurifacetado, composto por múltiplos campos da vida social entrelaçados, onde todos nós, como membros da sociedade, movemo-nos simultaneamente”¹⁰², ou seja, norteados simultaneamente por valores de ordem privada e de ordem pública:

públicos e que não há nem institutos públicos com efeitos civis nem institutos estaduais mistos. Tais entendimentos, que correspondem a uma necessidade histórica de auto-afirmação do publicismo, não colhem, embora tenham deixado sequelas na literatura posterior.” (MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 383).

¹⁰⁰ Cf. MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. 2ª ed. v. I. trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. pp. 181-195.

¹⁰¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 95.

¹⁰² LUDWIG. *Op. cit.* p. 106.

Fundamentalmente, os institutos jurídicos utilizados nos diferentes casos previstos pelo legislador seriam os mesmos – mas empregados com funções e valores jurídicos diversos, de acordo com a situação típica e o conteúdo de publicidade (ou de “publicismo”) do respectivo setor.¹⁰³

Outro óbice imposto à boa-fé diz respeito ao seu caráter indeterminado.

Quem pontua a questão é Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO que lembra do “ultraliberalismo” e da mínima intervenção do Estado na esfera privada, decorrentes da Revolução Francesa. Segundo ele, esses fatores incutiram nas pessoas a ideia de que o direito público, por incidir excepcionalmente nas relações interprivadas, sempre como *ultima ratio* para a composição de conflitos particulares, deveria ser pleno, sem lacunas, o que afastaria a possibilidade de ele se valer da boa-fé enquanto princípio ou cláusula geral – com conteúdo indeterminado aprioristicamente¹⁰⁴.

O próprio autor afasta esse óbice, nos seguintes termos:

Tal questão não se põe há muito: a possibilidade de lacunas no Direito administrativo é reconhecida, estando firmadas, incluindo na lei, as fórmulas para a sua integração; os conceitos indeterminados têm, no Direito administrativo, uma posição privilegiada tendo, daí, sido transpostos para o Direito civil. E isso foi, logo na primeira metade do século [XX], claramente entendido, tendo surgido numerosas monografias dedicadas à boa fé administrativa.¹⁰⁵

Ernst FORSTHOFF, por sua vez, registra que, na Alemanha, uma das objeções levantadas à utilização da boa-fé no âmbito das relações administrativas foi a de que entre os sujeitos que as travam “não existem aquelas relações de intimidade que justificam a aplicação do referido princípio às relações jurídicas”¹⁰⁶. As relações administrativas seriam, portanto, objetivas demais, impessoais demais, regidas exclusivamente pela lei, o que impediria – ou tornaria desnecessária – a incidência da boa-fé sobre elas.

A conhecida superação dessa visão do direito administrativo e das relações entre a Administração Pública e os particulares foi usada pelo próprio Ernst FORSTHOFF para transpassar aquela objeção:

¹⁰³ *Ibid.* p. 107.

¹⁰⁴ MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 97.

¹⁰⁵ *Idem* p.. 97.

¹⁰⁶ Tradução livre do seguinte trecho “no existen aquellas relaciones de intimidad que justifican la aplicación de dicho principio en el tráfico jurídico”. (FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Trad. Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 243).

Já foi dito em outras ocasiões, e convém dizer uma vez mais, que pertence inteiramente ao passado um tipo de Administração que atuava num plano de regular e controlar a existência individual e social, mas que a princípio a deixava abandonada a si mesma. A moderna Administração acompanha passo a passo o indivíduo não apenas no exercício de funções públicas, mas também na sua vida privada e profissional. A falta de intimidade que se oporia a aplicação do princípio da boa-fé, cedeu seu posto, há muito tempo, a uma proximidade crescente e perceptível.¹⁰⁷

Há ainda outros três obstáculos à aplicação da boa-fé ao direito administrativo merecedores de registro. Eles são pontuados por Fernando SAINZ MORENO, e mencionados por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ em sua obra¹⁰⁸, quais sejam: a) a diferença qualitativa entre as partes que formam as relações administrativas; b) o princípio da legalidade, que deve reger as relações administrativas; e c) a diferença entre os interesses envolvidos nas relações administrativas.

A primeira das objeções faz remissão à verticalização das relações administrativas, onde a Administração Pública normalmente ocupa posição privilegiada em relação aos particulares, o que supostamente impediria que a boa-fé fosse utilizada como parâmetro de avaliação das condutas praticadas pelo Poder Público.

Esse raciocínio, segundo explica Jesus GONZÁLEZ PÉREZ, não prospera:

Embora seja verdade que a posição institucional da Administração é diferente das pessoas privadas, isso não é devido a uma natureza qualitativamente distinta, superior à ocupada por estas últimas, mas sim a 'uma necessidade imposta pelo serviço que presta aos interesses gerais (art. 103 da Constituição)', o qual não apenas não exclui a aplicação do princípio da boa-fé, mas que exige sua máxima vigência.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibid.* p. 243. Tradução livre de: "Ya se ha dicho en otras ocasiones, y conviene repetir una vez más, que pertenece enteramente al pasado un tipo de Administración que actuaba en plan de regular y controlar la existencia individual y social, pero en principio la dejaba abandonada a sí misma. La moderna Administración acompaña paso a paso el individuo no solo en el ejercicio de las funciones públicas, sino también en su vida privada y profesional. La falta de intimidad que se opondría a la aplicación del principio de la buena fe, ha cedido el puesto, desde largo tiempo, a una proximidad creciente y perceptible".

¹⁰⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5ª ed. Navarra: Thompson Reuters, 2009. p. 51.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 52. Tradução livre de: "Si bien es cierto que la posición institucional de la Administración es diferente de la de las personas privadas, ello no es debido a que tenga una naturaleza cualitativamente distinta, superior a la de éstas, sino a <<una necesidad impuesta por el servicio que presta a los intereses generales (art. 103 de la Constitución)>>, por lo que no sólo no excluye la aplicación del principio de la buena fe, sino que exige su máxima vigência".

A segunda das objeções (bastante próxima daquela apresentada por Antonio Manuel da Rocha MEZES CORDEIRO e anteriormente exposta), parte do pressuposto de que as relações administrativas, norteadas que são pelo princípio da legalidade e, portanto, submetidas à lei formal, seriam impermeáveis a outros comandos e diretrizes jurídicas.

Contudo, é sabido já há algum tempo que o princípio da legalidade não impõe à Administração a mera observância da lei formal, mas sim a adequação de suas ações ao Direito. A lei formal não é a única fonte do direito administrativo, que pode – e deve – se valer outros comandos jurídicos contidos, por exemplo, em cláusulas gerais e princípios, a exemplo da boa-fé.

Nesse mesmo sentido, cita-se trecho do trabalho de Ana Cláudia FINGER:

De fato, assujeitada aos parâmetros do princípio da legalidade, a atividade administrativa é essencialmente sublegal ou infralegal. O princípio da legalidade garante a previsibilidade da intervenção estatal, representando a proibição de atos *contra legem*, no entanto, a legalidade não constitui o único comando vinculativo do agir administrativo, haja vista que a lei não é considerada a única fonte do Direito. [...]. Ou seja, o administrador público não se submete apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não somente pela lei formal. A essência do Estado de Direito se cumpre e se expõe no princípio da juridicidade administrativa, indo muito além da legalidade, afirmando-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas. Enfim, toda a atividade administrativa está submetida ao ordenamento jurídico, ao Direito e, portanto, também aos princípios que o integram.¹¹⁰

A terceira das objeções tem por base a diferença entre os interesses privados dos particulares e o interesse público perseguido pela Administração Pública em suas relações. Sob esse prisma, todo ato praticado pelo Estado seria destinado a tutelar o interesse da coletividade e, por isso, jamais estaria em desacordo com a boa-fé – a qual se tornaria inútil na esfera publicista.

Francesco MANGANARO faz menção a essa crítica em sua obra:

Uma visão privatista da boa-fé induziu uma renomada doutrina a negar a sua admissibilidade no direito público, ao menos como meio de integração do ato administrativo, ainda que tenha ressalvado eventuais outras aplicações. A boa-fé, no direito privado, colocando-se acima da vontade das partes, serviria para garantir o interesse público do ordenamento jurídico, fazendo com que as relações jurídicas se desenvolvessem corretamente. No direito administrativo, porém, a mesma exigência seria garantida no exato momento em que se

¹¹⁰ FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Curitiba: UFPR, 2005. pp. 45-46.

procura realizar o interesse público. No direito privado, a boa-fé teria o escopo de remeter as partes a um comportamento correto para a realização de um interesse público do ordenamento jurídico, que supera o singular interesse individual; enquanto que, por outro lado, no direito administrativo, seria inútil porque o interesse público é tutelado na via principal; a boa-fé, portanto, poderia interessar a todas às questões ou efeitos do daquele outro [o direito privado], mas não caracterizaria a vontade ou a causa do procedimento administrativo.¹¹¹

Quem afasta esse obstáculo mais uma vez é Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, que aponta a ausência de conflito entre o interesse público e o privado. Para ele, não existe interesse público que seja absolutamente distinto e descolado dos interesses dos particulares que compõem a coletividade:

[...] tampouco exclui a consideração da boa-fé a natureza distinta dos interesses em jogo. Pois o caráter público de certos interesses não implica em sua oposição ou desvinculação do interesse privado. 'Não existem interesses públicos "impessoais" distintos dos que interessam particularmente aos cidadãos. Os interesses públicos e os interesses privados estão entrelaçados entre si a tal ponto que qualquer interesse público é, também, interesse privado.'¹¹²

Como se vê, as principais críticas realizadas à aplicação da boa-fé às relações juspublicistas e, em especial, às administrativas não resistem a uma análise mais apurada. Com o tempo, esses questionamentos foram um a um sendo superados, e cederam espaço à consagração da boa-fé à esfera do direito público.

¹¹¹ MANGANARO, Francesco. **Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995. p. 45. Tradução livre de: "Una visione privatistica della buona fede há indotto un'autorevole dottrina a negarne l'ammissibilità nel diritto pubblico, almeno come mezzo di integrazione dell'atto amministrativo, pur facendone salve eventual altre applicazioni. La buona fede, nel diritto privato, ponendosi al di sopra delle volontà delle parti, servirebbe a garantire l'interesse pubblico dell'ordinamento, acchè i traffici giuridici si svolgano correttamente; nel diritto amministrativo, invece, la medesima esigenza sarebbe garantita nello stesso momento in cui si cerca di realizzare l'interesse pubblico. Nel diritto privato, la buona fede avrebbe lo scopo di richiamare le parti ad un comportamento corretto per la realizzazione di un interesse pubblico dell'ordinamento, che supera il singolo interesse individuale; mentre, invece, nel diritto amministrativo, sarebbe inutile perché l'interesse pubblico è tutelato in via principale: la buona fede, perciò, potrebbe interessare tutt'al più questo o quell'effetto dell'altro, ma non caratterizzerebbe la volontà o la causa del provvedimento amministrativo".

¹¹² GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.* pp. 54. Tradução livre de: "[...] tampoco excluye la consideración de la buena fe la distinta naturaleza de los intereses en juego. Pues el carácter público de ciertos intereses no implica oposición ni desvincula del interés privado. <<No existen intereses públicos "impersonales" distintos de los que interesan particularmente a los que interesan particularmente a los ciudadanos. Los intereses públicos y los intereses privados están implicados entre sí hasta tal punto que cualquier interés público es, también, interés privado>>".

2.2 CONSAGRAÇÃO DA BOA-FÉ NO DIREITO PÚBLICO

Já há algumas décadas, a doutrina estrangeira e pátria admitem a incidência da boa-fé ao direito público e suas relações.

Como visto, em 1949, Ernst FORSTHOFF tratou da aplicação da boa-fé ao direito público por sentenças prolatadas inclusive pelo Tribunal Supremo da Alemanha.¹¹³

Karl LARENZ, também indicou a incidência do § 242 do BGB – e, portanto, da boa-fé, no direito público: “Este princípio [o da boa-fé] encontrou expressão no Código Civil alemão nos §§ 157 e 242 e no § 242 do BGB, e em juízo não se aplica apenas às relações obrigacionais. Segundo a opinião atual, se aplica às relações jurídicas de Direito Público”.¹¹⁴

Na Itália, destaca-se a posição do professor Francesco MANGANARO, que aponta três motivos determinantes para a incidência da boa-fé ao direito público.

O primeiro deles consiste na superação da noção de que o Estado, enquanto guardião do *ius imperium*, está sempre em posição verticalmente privilegiada em relação ao cidadão, e o desenvolvimento do modelo de exercício da função administrativa em colaboração¹¹⁵ com todas as partes envolvidas na relação administrativa.

Para o doutrinador italiano, a função administrativa é configurada como uma relação de colaboração, entre a Administração e os cidadãos, cujo princípio regulador – a exemplo do que ocorre em todas as relações de colaboração – é justamente a boa-fé.^{116,117}

¹¹³ FORSTHOFF. *Op. cit.* pp. 241-244.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de etica juridica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985. p. 96. Tradução livre de: “Este principio [o da boa-fé] ha encontrado expresión en el Código Civil alemán en los §§ 157 y 242 y en el § 242 BGB, en el suizo y no rige sólo en las relaciones obligatorias. Según la opinión actual, se aplica en las relaciones jurídicas de Derecho Público.”

¹¹⁵ Cumpre destacar que a noção de exercício da função administrativa, pelo Estado, em parceria com os cidadãos continuou a se desenvolver e, hoje, fala-se na necessidade de se praticar uma Administração consensual. Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. **A Administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**. In.: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. V. 104. Jan/dez 2009. pp. 303-322.

¹¹⁶ MANGANARO. *Op. cit.* p. 54.

¹¹⁷ No Brasil, José Guilherme GIACOMUZZI segue a mesma trilha: “Numa palavra: ao tratar aberta e francamente dos interesses coletivos com a população, de forma *consensual*, e ao gestionar o interesse público, de forma direta (ele próprio) ou indireta (via concessões, regulações ou gestões por meio de grupos privados), o estado deve agir *conforme* a boa-fé”. (GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 264-265.

O segundo dos motivos reside na necessidade de se tutelar a legítima confiança dos cidadãos construída a partir de comportamentos manifestados pela Administração Pública.

E, complementa ao ensinar que atos precedentes da Administração podem ensejar duas hipóteses de tutela da boa-fé dos cidadãos¹¹⁸.

A primeira consiste na obrigação de não se contradizer em relação a um comportamento/atividade específico e de efeitos concretos¹¹⁹.

O autor explica como a boa-fé age nesse tipo de situação, e menciona alguns exemplos:

Passando a se considerar a atividade administrativa de direito público, a tutela da legítima confiança se apresenta não como uma obrigação genérica de se comportar 'iure', mas como a coerência com um comportamento precedente. Todavia, essa coerência não se manifesta como necessidade de aplicação automática do princípio do non venire contra factum proprium, mas como obrigação de valorar e ponderar o interesse público com o interesse correlato à legítima confiança. A confirmação desta hipótese se dá com a indicação de alguns exemplo, tal como limites ao poder de autotutela, a não devolução de somas de dinheiro recebidas de boa-fé por funcionários público e alguns casos de excesso de poder.¹²⁰

A segunda se põe na forma de um dever geral de lealdade e na necessidade de a Administração realizar uma ponderação entre as legítimas expectativas que podem ter sido criadas pelos cidadãos em virtude da emanção de um ato sem efeitos concretos imediatos, e a possível frustração dessas expectativas acaso se pratique novo ato, substitutivo em relação ao primeiro¹²¹.

Para Francesco MANGANARO, esse dever geral deve ser observado pelo legislador, ou seja, serve como limite/baliza à atividade legislativa em sistemas regidos por Constituições rígidas, onde a lei é previamente vinculada a um fim determinado e fixado na Constituição, e não pode ter outro fundamento que não a boa-fé.¹²²

¹¹⁸ *Ibid.* p. 59

¹¹⁹ *Idem.* P. 59.

¹²⁰ MANGANARO. *Op. cit.* pp. 60-61. Tradução livre de: "Passando a considerare l'attività amministrativa di diritto pubblico, la tutela dell'affidamento si prospetterebbe non come un generico obbligo di comportarsi iure, quanto piuttosto come la coerenza con un precedente comportamento. Tuttavia, tale coerenza non si manifesterebbe come necessità di applicazione automatica del principio del non venire contra factum proprium, quanto piuttosto come obbligo di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse correlato all'affidamento. A conferma di questo assunto vengono addotti alcuni esempi, quali i limiti al potere di autotutela, l'irripetibilità di somme di denaro percepite in buona fede dai dipendenti pubblici ed alcuni casi eccesso di potere".

¹²¹ *Ibid.* p. 59.

¹²² *Idem* p. 59.

Por fim, o terceiro dos motivos reside na necessidade de a Administração Pública e os cidadãos agirem objetivamente de maneira leal e correta no âmbito dos procedimentos administrativos – noção que, note-se, se aproxima consideravelmente da faceta objetiva da boa-fé –, o que reclama a incidência da boa-fé sobre eles:

Se o procedimento é a forma da função, a Administração, ao praticar o ato, não pode não ter em conta a posição jurídica daqueles sujeitos titulares de interesse social a serem introduzidos no procedimento. A tutela da boa-fé se realizaria, então, com a obrigação imposta à Administração (e aos cidadãos) de operar corretamente no âmbito da relação administrativa. [...] a boa-fé seria uma regra de função e, consequentemente, a sua eventual violação, um sinônimo de excesso de poder.¹²³

Na Espanha, Jesus GONZÁLEZ PÉREZ milita pela aplicação da boa-fé às relações publicistas.

Segundo ele, o direito civil – berço da boa-fé – resguarda um caráter de *ius commune* e possui disposições e institutos que são aplicáveis a todos os ramos do Direito, destacando dentre eles a boa-fé. Para o professor espanhol, o princípio geral da boa-fé jurídico é um princípio do Ordenamento jurídico, que vige em todos os seus ramos e, evidentemente, no setor administrativo¹²⁴.

Ele ainda destaca a importância da incidência da boa-fé às relações administrativas:

Porque, com efeito, a presença dos valores de lealdade, honestidade e moralidade que a sua aplicação acarreta é especialmente necessário no mundo das relações entre as Administrações públicas e entre as Administrações públicas e os administrados. E incluída, dentro de cada Administração pública, entre as pessoas em que elas prestam seus serviços, entre os titulares dos distintos órgãos administrativos. Pois, foi indiquei em outra ocasião, “a noção de serviço público como entrega generosa ao conjunto da sociedade, que aos interesses gerais devem servir com objetividade, obriga-os a uma colaboração com superiores, inferiores e outros funcionários de igual posição presididas pelas ideias de lealdade e sinceridade, a fim de alcançar uma melhor prestação dos serviços. O que supõe a superação do receio, da desconfiança e do espírito de dissimulação e mal entendido, que se traduz, no mais das vezes, não já em uma resistência

¹²³ MANGANARO. *Op. cit.* p. 67. Tradução livre de: “Se il procedimento è la forma della funzione, l'amministrazione, nel farsi dell'atto, non può non tener conto della posizione giuridica di quei soggetti titolare di interessi social da introdurre nell'ambito del procedimento. La tutela della buona fede si realizzerebbe, allora, con l'obbligo imposto all'amministrazione (ed al cittadino) di operare correttamente nell'ambito del rapporto amministrativo. [...] la buona fede sarebbe una regola della funzione e, di conseguenza, la sua eventuale violazione, un sintomo di eccesso di potere”.

¹²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.* p. 54.

a uma colaboração efetiva, mas em aberta oposição ao trabalho dos demais”.¹²⁵

Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR realizou em sua obra excelente levantamento de julgados de cortes estrangeiras acerca da aplicabilidade da boa-fé ao direito público e ao direito administrativo. São julgados e posicionamentos oriundos da Alemanha, da Espanha, de Portugal, da Itália e até do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.¹²⁶

No Brasil, Teresa NEGREIROS, em 1998, acenou com a possibilidade de a boa-fé ser aplicada a relações públicas, ao propor a reconstrução do direito civil e a releitura do referido princípio mediante sua recondução à Constituição Federal.¹²⁷

No mesmo ano, Angela Cassia COSTALDELLO asseverou em sua tese “a necessidade de adequar e aplicar o princípio da boa-fé no direito público, visando ao resguardo das relações entre o ente estatal e os particulares”.¹²⁸

Nesse mesmo sentido, Ana Cláudia FINGER afirmou que

[...] a boa-fé atua como um elemento norteador da hermenêutica das relações de administração, fundada na proteção da confiança, ante o dever de lealdade, de correção e de respeito mútuos que deve imperar nessas relações. Nesses termos, o tema da boa-fé merece profunda reflexão, havendo necessidade de uma elaboração teórica dos limites e possibilidades da aplicação concreta do princípio do Direito Público.¹²⁹

Em verdade, hoje a boa-fé é contemplada por boa parte dos manuais especializados como um dos princípios norteadores do direito administrativo,

¹²⁵ *Ibid.* p. 59. Tradução livre de: “Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidade y moralidade que su aplicación conlleva es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones entre las Administraciones públicas y entre las Administraciones públicas y los administrados. E incluso, dentro de cada Administración pública, entre las personas que en ellas prestas sus servicios, entre los titulares de los distintos órganos administrativos. Pues, como he señalado en otra ocasión, <<la noción de servicio público como entrega generosa al conjunto de la sociedad, a cuyos intereses generales deben servir con objetividade, les obliga a una colaboración con superiores, inferiores y otros funcionarios de igual rango presididas por las ideas de lealtad y sisceridad, a fin de lograr una mejor prestación de los servicios. Lo que supone superar el recelo, desconfianza y espíritu de emulación mal entendido, que se traduce, las más de las veces, no ya en una resistència a una colaboración efectiva, sino en abierta obstaculización del trabajo de los demás>>”.

¹²⁶ NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.* pp. 142-145.

¹²⁷ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹²⁸ COSTALDELLO, Ângela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé.** Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1998. p. 114.

¹²⁹ FINGER. *Op. cit.* p. 49.

conforme se retira, por exemplo, das obras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹³⁰ e Lúcia Valle FIGUEIREDO¹³¹.

Demais disso, a boa-fé vem sendo paulatinamente recepcionada pela legislação administrativa.

Em matéria de processo administrativo, destaca-se a redação do art. 2º, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 9.784/99, segundo a qual, nos processos administrativos, será observada uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. O art. 4º, inc. II, daquela mesma lei, impõe ainda aos administrados o dever de “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé”.

A Lei nº 8.987/95 (art. 7º, *caput*), por sua vez, garante a todos os usuários de serviços públicos executados nas formas por ela reguladas os direitos previstos na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), cujos arts. 4º, inc. III, e 51, inc. IV, preveem a aplicação da boa-fé.

O mesmo ocorre em relação à Lei nº 8.666/93, cujo art. 54, *caput*, prevê que “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”, dentre eles o art. 422 do Código Civil, que contém em si a boa-fé.

Esse panorama denota a indiscutível aplicabilidade da boa-fé ao direito público, ao direito administrativo, e às relações jurídicas reguladas e travadas no interior desses sistemas.

Todavia, antes de se passar à avaliação dos seus efeitos em institutos de direito administrativo – o que se pretende fazer ainda neste capítulo – é preciso analisar, ainda que rapidamente, quais são os requisitos necessários para que a boa-fé incida em relações de direito público.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 88-90.

¹³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 53-55.

2.3 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ ÀS RELAÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

No que se refere às exigências para aplicação da boa-fé às relações de direito administrativo, a obra Jesus GONZÁLEZ PÉREZ se mostra extremamente pertinente¹³².

Para o professor espanhol, dois são os requisitos a serem preenchidos para que se avenge a incidência da boa-fé a relações de direito administrativo: é preciso que se observe no caso uma atuação de sujeito relevante para o direito administrativo, e que essa atuação seja contrária à boa-fé.

E para que opere o princípio [da boa-fé], dois são os pressupostos deverão se dar, dois são os requisitos para que se produzam as consequências que o Ordenamento prevê para sancionar sua infração: uma atuação de um sujeito relevante para o Direito e que essa atuação seja contrária à boa-fé.¹³³

O primeiro dos requisitos apontados é trabalhado a partir da atividade legislativa do Estado.

O autor apresenta uma série de situações onde a emanção de ato legislativo pelo Estado alterou abruptamente o contexto legal em que determinados negócios jurídicos foram firmados, ensejando danos aos cidadãos que deles eram partes.

Após dialogar com a obra de Eduardo GARCÍA DE ENTERÍA – segundo o qual essa contradição, somada ao argumento de que ela ofenderia o princípio da confiança, não é suficiente para ensejar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tomada genericamente, posto que o legislador detém competência para criar e alterar leis –, Jesus GONZÁLEZ PÉREZ conclui que a conduta, por ser estatal, pode gerar para os particulares direito à indenização, fundado na boa-fé:

Mas, além disso, não é de modo algum posto em causa a possibilidade de que o legislador altere a lei. O que se afirma é que se dessa alteração legislativa – como do funcionamento normal da Administração – se produzem prejuízos quantificáveis economicamente a quem atuou na confiança que lhe davam certos atos da Administração realizando alguns importantes

¹³² Não por outra razão, ela será utilizada como marco teórico para esse ponto do trabalho.

¹³³ GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.* pp. 138-139. Tradução livre de: “Y para que opere el principio [da boa-fé], dos son los presupuestos que han de darse, dos los requisitos para que se produzcan las consecuencias que el Ordenamiento prevé para sancionar su infracción: una actuación del sujeto relevante para el Derecho y que tal actuación sea contraria a la buena fe”.

investimentos, o Estado, que é uno (legislador, administrador e juiz), deve compensar os prejuízos derivados diretamente da alteração.¹³⁴

De acordo com o professor espanhol, o mesmo raciocínio não pode ser aplicado em situação onde, por exemplo, observa-se uma redução abrupta dos preços de determinado produto no mercado espanhol, decorrente da assinatura de convênios entre as empresas locais e o governo dos Estados Unidos. Aqui – e esse dado é de extrema importância – não há qualquer atividade estatal. Os sujeitos que praticaram o ato que culminou na geração de danos não são relevantes para o direito administrativo.

No que toca o segundo requisito, Jesus GONZÁLEZ PÉREZ afirma que qualquer atuação de uma pessoa, apta a afetar a outra, ou ainda qualquer tipo de manifestação de vontade do homem livre, no mais amplo sentido, está submetida à boa-fé.¹³⁵

O referido jurista realiza, contudo, duas especificações: o ato deve ser apto a afetar outro sujeito, e deve ser relevante para o Direito. Em suas palavras:

Duas especificações parecem, no entanto, necessárias: que a atuação possa afetar a outro e que seja relevante para o Direito. A boa-fé é um princípio geral de Direito, e por isso unicamente irradiará sua eficácia sobre atos que de uma ou outra forma produzam efeitos jurídicos.¹³⁶

Preenchidos esses requisitos, é possível, segundo ele, afirmar a incidência da boa-fé às relações de direito administrativo, o que permite que se passe agora aos efeitos dessa incidência em algumas atividades específicas da Administração Pública.

¹³⁴ *Ibid.* p. 142-143. Tradução livre de: “Pero, además, es que em modo alguno se pone en tela de juicio la posibilidad de que el legislador cambie la Ley. Lo que se afirma es que si del cambio legislativo – como del funcionamiento normal de la Administración – se producen perjuicios cuantificables económicamente a quien actuó en la confianza que daban ciertos actos de la Administración realizando unas importantes inversiones, el Estado, que es uno (legislador, administrador y juez), indemnice los perjuicios que derivan directamente del cambio”.

¹³⁵ *Ibid.* p. 143.

¹³⁶ *Idem.* p. 143. Tradução livre de: “Dos especificaciones parecen, sin embargo, necesarias: que la actuación pueda afectar a otro y que sea relevante para el Derecho. El de la buena fe es un principio general del Derecho, por lo que únicamente desplegará su eficacia respecto de actos que de una u otra forma producen efectos jurídicos”.

2.4 A BOA-FÉ NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A finalidade deste trabalho é justamente proceder a uma análise da incidência da boa-fé – em sua faceta objetiva – em uma atividade administrativa estatal específica, qual seja, os processos de contratação pública. De qualquer forma, é pertinente que se realize, antes, uma pequena síntese de como a doutrina vem tratando a relação da boa-fé com outras atividades da Administração Pública.

2.4.1 A boa-fé no ato administrativo

A aplicabilidade da boa-fé aos atos administrativos foi originalmente trabalhada pela doutrina pátria por aqueles que avaliam a invalidação desse tipo de ato jurídico.

Durante algum tempo, vigeu no ordenamento jurídico pátrio o entendimento de que os atos administrativos deviam respeito ao princípio da legalidade estrita, e que qualquer desvio deveria invariavelmente culminar na a invalidação do ato, que não deveria gerar quaisquer efeitos jurídicos.

Constatou-se, contudo, que a aplicação sistemática e mecânica do princípio da legalidade, e a consequente invalidação impensada dos atos administrativos, geravam por vezes prejuízos a terceiros que sofreram seus efeitos enquanto estavam vigentes.

Com isso, desenvolveu-se teoria segundo a qual a invalidação de atos administrativos, mesmo quando não adequados à legalidade estrita, poderia encontrar óbice, dentre outros, na boa-fé.

Cita-se, nesse sentido, trecho da obra de Weida ZANCANER:

Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois, se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos – atos ampliativos de direitos –, certas situações terão sido instauradas e, na dinâmica da realidade, podem *converter-se em situações merecedoras de proteção*, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar,

pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.¹³⁷

Angela Cassia COSTALDELLO estuda precisamente essa questão. Após avaliar a questão sob diversos aspectos, concluiu que a legalidade estrita pode e deve sofrer juízo de ponderação em face de outros elementos. Para a referida professora, “O deslocamento da legalidade estrita para um plano alargado de outros elementos, onde prevaleçam outros valores que não apenas a literalidade da lei, propicia ao Poder Público a possibilidade de, ao emitir suas decisões, atender à segurança jurídica e à justiça”¹³⁸.

E o principal elemento por ela abordado é a boa-fé. Mais precisamente a boa-fé objetiva que, segundo a autora, incide indiscutivelmente nas relações de direito administrativo:

A boa-fé objetiva, conforme já salientado, entende-se ao um universo mais amplo e genérico que a boa-fé subjetiva, pois respeita à preservação ou não de deveres especiais que são impostos às partes em dada relação jurídica. A sua violação provoca a desconformidade de conduta quanto a parâmetros estabelecidos, por isso a presença da boa-fé objetiva espalha-se por outros ramos jurídicos, como é o caso do Direito Administrativo e da realidade, sempre peculiar, da Administração Pública, devido aos interesses que são diversos da vida privada.¹³⁹

Ana Cláudia FINGER segue a mesma linha, e defende a utilização da boa-fé como elemento de tratamento aos efeitos dos atos administrativos tidos por nulos:

[...] considerando-se que os princípios constitucionais não guardam entre si uma relação de hierarquia, mas reclamam uma interpretação harmônica e concertada, o que é que a invocação da boa-fé como princípio constitucional autônomo e dotado de normatividade não enseja a negação ou supressão do princípio da legalidade, e sim a sua harmonização com outros valores igualmente importante num Estado Democrático de Direito, sobretudo nos efeitos dos atos considerados nulos, atendendo-se o interesse público, a segurança das relações jurídicas e, por fim, uma solução mais justa.¹⁴⁰

A invalidação dos atos administrativos, contudo, não é o único aspecto relacionado a esse instituto que pode se comunicar com a boa-fé.

¹³⁷ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 75.

¹³⁸ COSTALDELLO. *Op. cit.* p. 141.

¹³⁹ COSTALDELLO. *Idem.* p. 141.

¹⁴⁰ FINGER. *Op. cit.* p. 124.

Ana Cláudia FINGER aponta algum desses aspectos como, por exemplo, a constatação de desvio de finalidade entre o exercício de uma prerrogativa e o objetivo almejado pela lei onde ela está contida, ou ainda a prática de atos desproporcionais:

Com efeito, quando não verificar a coincidência dos fins almejados na lei ou quando a utilização da prerrogativa for realizada com abuso dos poderes outorgados à autoridade administrativa, ter-se-á por violada a boa-fé, seja porque está a se exigir do administrador público sempre uma conduta responsável, previsível e, portanto, leal, seja em razão da confiança depositada pelo cidadão no comportamento da Administração Pública, voltado sempre ao atendimento do interesse público. De igual modo, a atuação administrativa em desconformidade com o princípio da proporcionalidade, que postula uma adequação entre meios e fins, pode violar a boa-fé.¹⁴¹

Thiago MARRARA ainda utiliza a boa-fé como um limite ao exercício da discricionariedade pela Administração Pública. De acordo com ele

Do ponto de vista restritivo, comprovando as afirmações anteriores, merecem destaque três efeitos primordiais da boa-fé do administrado de notório caráter restritivo da discricionariedade da administração pública, a saber: a) a necessidade de respeito à jurisprudência administrativa (limitando a discricionariedade decisional); b) a vedação da aplicação retroativa de nova interpretação administrativa (ou vinculação à coisa julgada administrativa) e c) a revisão de sanções administrativas.¹⁴²

É notória, portanto, a aplicabilidade da boa-fé aos atos administrativos e às diversas discussões acadêmicas que se deram e se dão em torno do assunto.

Os atos administrativos, contudo, não engendram a única atividade administrativa de relevo que sofre a incidência da boa-fé. Outra dessas atividades é o processo administrativo, conforme se verá a seguir.

¹⁴¹ FINGER. *Op. cit.* p. 121.

¹⁴² MARRARA, Thiago. **A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa**. p. 232. *In.*: Revista de Direito Administrativo (RDA). V. 259. jan/abr 2012. pp. 207-247.

2.4.2 A boa-fé no processo administrativo

“No processo, em todo tipo de processo, a aplicação do princípio [da boa-fé] é inquestionável e adquire especial relevância”¹⁴³. Quem sentencia é Jesus GOZÁLEZ PÉREZ, para quem é incontroversa a incidência da boa-fé aos processos administrativos.

O posicionamento defendido pelo professor espanhol também é adotado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

Sérgio FERRAZ e Adílson Abreu DALLARI, por exemplo, afirmam em sua obra “Processo Administrativo” o seguinte:

*A boa-fé não é elemento ou circunstância a ser considerada apenas no que diz respeito às relações de direito privado entre particulares ou de direito penal; a consideração da boa ou má-fé, tanto do particular que se relaciona com a Administração Pública quanto do agente público que se relaciona com o administrado, é também essencial, configurando, sim, um princípio também de direito administrativo.*¹⁴⁴

Contudo, para os autores, “A boa-fé é elemento externo ao ato, na medida em que se encontra no pensamento do agente, na intenção com a qual ele fez ou deixou de fazer alguma coisa”¹⁴⁵, o que denota uma visão consideravelmente restritiva da referida figura.

Note-se que a noção de “boa-fé” por eles empregada faz remissão à intenção das partes no bojo do processo administrativo. Trata-se, assim, da boa-fé subjetiva.

Todavia, não é apenas a vertente subjetiva da boa-fé que rege os processos administrativos. Também a boa-fé objetiva – tomada como padrão de comportamento correto e leal – possui importante espaço aqui.

Francesco MANGANARO, por exemplo, reconhece este fato, ao menos no que se refere ao ordenamento jurídico italiano:

O desenvolvimento da atividade administrativa está sujeito, portanto, a uma série de deveres de comportamento conexos com a função entendida como atividade de colaboração, e consequentemente ao dever de solidariedade entre os sujeitos participantes do procedimento [...]. Se considerarmos, de

¹⁴³ Tradução livre do seguinte trecho: “En el proceso, em todo tipo de proceso, la aplicación del principio [da boa-fé] es incuestionable y adquire especial relevancia”. (GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.* p. 247).

¹⁴⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 127

¹⁴⁵ FERRAZ. *Op. cit.* p. 127.

fato, o dever da boa-fé como um correto exercício dos próprios direitos, então as normas do procedimento e acesso a ele podem ser considerados a exemplificação normativa da vigência no nosso ordenamento do princípio da boa-fé.¹⁴⁶

Para o autor italiano, a boa-fé impõe às partes o dever de colaborarem entre si no bojo do processo, de serem solidárias, visando o bom andamento do procedimento. Isso tudo independente de suas intenções subjetivas. É claro, portanto, que o autor italiano está a se referir à boa-fé objetiva.

No Brasil, o posicionamento é corroborado por Egon Bockmann MOREIRA:

Na relação de administração o princípio da boa-fé consubstancia *dever* de comportamento leal e honesto. Não basta mero cumprimento impensado e automático da letra da lei. Muito menos seria possível a burla à moralidade, através de interpretação legal de má índole. As peculiaridades de cada um dos vínculos jurídicos entre particulares e Administração devem ser levadas em consideração, de molde a não frustrar expectativas legítimas.¹⁴⁷

O autor é ainda mais incisivo no seguinte parágrafo:

A boa-fé impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. Ao contrário, a conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto e gratuito; seja indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, endo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa.¹⁴⁸

É possível, portanto, afirmar que a doutrina reverencia a incidência da boa-fé – tanto a subjetiva quanto a objetiva – aos processos administrativos.

No que concerne à jurisprudência, colaciona-se a título exemplificativo trecho de julgado decorrente do Superior Tribunal de Justiça:

¹⁴⁶ MANGANARO. *Op. cit.* p. 147. Tradução livre de: “Lo svolgimento dell’attività amministrativa è sottoposta, dunque, ad una serie di doveri di comportamento connessi alla funzione intesa come attività di collaborazione, conseguente al dovere di solidarietà tra soggetti partecipanti al procedimento. [...] Ove si consideri, infatti, il dovere di buona fede come il corretto esercizio dei propri diritti, allora l’norme sul procedimento e sull’accesso possono essere considerate l’esemplificazione normativa della vigenza nel nostro ordenamento del principio di buona fede”.

¹⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 123-124.

¹⁴⁸ MOREIRA. *Op. cit.* p. 124.

16. Em outras palavras, o motivo do ato de instauração dos PADs não pode ser a paralisação do serviço, por ocasião da greve, uma vez que, vale repisar, a cláusula décima primeira do Termo de Acordo 029/2012 nele consignada apresenta o seguinte teor: "O servidor, em decorrência de sua participação em greve, não sofrerá prejuízo funcional ou profissional" (destaquei).

17. Diante do que ficou consignado no aludido Termo de Acordo, configura constrangimento ilegal e violação do princípio da boa-fé objetiva, sob o prisma que proíbe o *venire contra factum proprium*, submeter o servidor público da Polícia Federal a processo administrativo disciplinar pela simples participação na greve para, apenas em momento posterior, "esclarecer e precisar a verdade dos fatos narrados, consideradas as peculiaridades", como alegado às fls. 367.

18. É certo que, no processo administrativo disciplinar, "não se impõe, na fase inaugural, a minuciosa descrição do suposto ilícito praticado por cada servidor e o enquadramento legal da condutas".

Contudo, não se prescinde da "indicação genérica das irregularidades pela portaria instauradora" (MS 17.053/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.9.2013).¹⁴⁹

No caso apresentado, a União firmou termo de acordo com servidores públicos federais que estavam em greve, comprometendo-se, dentre outros, a não instaurar processos administrativos disciplinares em face dos indivíduos que aderiram ao movimento, acaso a paralisação fosse suspensa.

Ocorre que, após assinar o referido acordo, a União agiu contraditoriamente, instaurando processos administrativos disciplinares em face dos referidos servidores.

Demandada judicialmente, a União arguiu, dentre outras coisas, que os processos disciplinares não haviam sido instaurados em virtude da paralisação, o que seria comprovado pela ausência da indicação deste fato na portaria de instauração dos referidos procedimentos.

Como se pode notar, o Superior Tribunal de Justiça, além de indicar a inconsistência das portarias que instauraram os processos administrativos – que não faziam menção a qualquer fato passível de ser penalizado –, reconheceu que a deflagração dos procedimentos ofendeu os termos do acordo anteriormente firmado com os grevistas, afrontando assim a boa-fé, em especial a proibição ao *venire contra factum proprium*.

A aplicabilidade da boa-fé – tanto a subjetiva quanto a objetiva – aos processos administrativos, como se vê, é aceita pela jurisprudência e pela doutrina pátrias. Essa última, aliás, chega a apontar possíveis efeitos dessa aplicação.

Em virtude de sua precisão e objetividade, toma-se a liberdade de se citar mais uma vez a obra de Egon Bockmann MOREIRA:

¹⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição nº 10.274/DF, Ministro Relator Herman Benjamin, j. 27/8/2014.

Do princípio da boa-fé deriva, quando menos, o seguinte:

- a) interdição ao abuso de direito (excesso no exercício de prerrogativas legítimas);
- b) proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas);
- c) proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida (a conduta contraditória é uma omissão);
- d) vedação à defesa de nulidades puramente formais (supervalorização de forma dos atos, em detrimento de seu conteúdo perfeito);
- e) inaplicação do *tu quoque* (não se pode, simultaneamente, violar normas e exigir de terceiros o seu cumprimento, pois somente a fidelidade jurídica pode exigir fidelidade jurídica);
- f) aplicação da máxima *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (negativa ao exercício inútil de direitos e deveres, sem respeito, consideração e efeitos práticos, de molde a não obter qualquer resultado proveitoso, mas causar dano considerável a terceiro);
- g) impossibilidade do *inciviliter agere* (condutas egocêntricas, brutais e cegas aos direitos de terceiros, violadoras da dignidade humana);
- h) dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação);
- i) lealdade no fator *tempo* (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazeres inadequados);
- j) respeito aos motivos determinantes do ato (imutabilidade das razões que efetivamente o geraram);
- k) indevida utilização ou participação no processo (proibição de que Administração ou particulares aproveitem-se da relação processual para atingir finalidade extraordinária, fraudulenta ou contrária ao objeto do processo – seja para causar dano a terceiro, seja para gerar ganho prescindível à satisfação do interesse público);
- l) dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevante ao caso concreto, nem tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos);
- m) restrição às provas desnecessárias e atos inúteis à solução da questão processual;
- n) dever de colaboração recíproca das partes envolvidas na relação jurídico-processual, bem como de terceiros que possam contribuir para a solução da controvérsia;
- o) dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar sua resolução.¹⁵⁰

Comprovada e analisada a aplicação da boa-fé aos processos administrativos, deve-se passar a sua incidência na atividade interventiva do Estado, o que se fará a seguir.

¹⁵⁰ MOREIRA. *Op. cit.* pp. 125-126.

2.4.3 A boa-fé na atividade interventiva do Estado na economia

A incidência da boa-fé na atividade interventiva do Estado também foi indicada por Francesco MANGANARO.

Conforme visto no item 2.2 deste trabalho, para o professor Italiano, uma das razões para a incidência da boa-fé nas relações de direito público consiste no fato de ela servir de fundamento jurídico para um dever geral de lealdade que implica na necessidade de a Administração, na pessoa do legislador, realizar uma ponderação entre as legítimas expectativas que podem ter sido criadas pelos cidadãos em virtude da emanção de um ato legislativo¹⁵¹, e a opção de se alterar esse ato legislativo.

Ao exemplificar esse aspecto, o autor utiliza o que ele denomina de “leis de programação econômica”, ou seja, leis de caráter interventivo:

Este aspecto é exemplificado por referência às leis de programação econômica, cuja emanção envolve uma expectativa legítima dos operadores, que, contando com as disposições do programa, devem planejar os seus investimentos. Se o próprio plano identifica as causas de mutabilidade das disposições normativas, a eventual verificação de tais hipóteses é legítima porque previsível (por exemplo, a lei prevê a revisão periódica de incentivos fiscais sob diferentes condições econômicas); a modificação da lei de programação seria igualmente legítima nos casos em que, para além das hipóteses expressamente previstas, devesse intervir em eventos excepcionais. Se, no entanto, o legislador alterar ad nutum as prescrições do plano se configuraria uma violação da confiança em que se fundaram as legítimas expectativas dos sujeitos economicamente interessados.¹⁵²

No Brasil, o tema foi abordado com maestria por Almiro do Couto e SILVA, em artigo intitulado de “Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do Planejamento”¹⁵³.

¹⁵¹ MANGANARO. *Op. cit.* p. 59.

¹⁵² *Ibid.* pp. 59-60. Tradução livre de: “Questo aspetto viene esemplificato facendo riferimento alle leggi di programmazione economica, la cui emanazione comporta un legittimo affidamento degli operatori, che, fidando sulle disposizioni del programma, provvedono a pianificare i loro investimenti. Se il piano stesso ed individua cause di modificabilità delle disposizioni normative, l’eventuale verificarsi di tali ipotesi è legittimo perchè prevedibile (ed esempio, la legge stabilisce una revisione periodica degli incentivi fiscali in forza della diversa congiuntura economica); la modifica della legge di programmazione sarebbe ugualmente legittima, nel caso in cui, al di là delle ipotesi espressamente prevista, dovessero intervenire eventi eccezionali. Se, invece, il legislatore mutasse ad nutum le prescrizioni del piano si configurerebbe una violazione dell’affidamento su cui si fondavano le legittime aspettative dei soggetti economici interessati”.

¹⁵³ SILVA, Almiro do Couto e. “Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do Planejamento”. *In.*: **Doutrinas essenciais de direito administrativo. V. 3: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado**. Org. Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Ary Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 1123-1133.

O autor toma com objeto de discussão a possibilidade de se responsabilizar o Estado em virtude de alterações em seus planos fixados em leis.

Esclarece, desde logo, que não coloca em xeque a possibilidade de o Estado rever os seus planos unilateralmente, conforme expõe na seguinte passagem:

Compreende-se que ao Poder Público seja dado, a qualquer momento modificar seus planos. A relação que se estabelece entre o Estado e o particular, em razão da lei que aprovou plano econômico, não é de natureza contratual. Não tem, portanto, o particular, direito subjetivo público a exigir que o Estado mantenha o plano.¹⁵⁴

Realizado esse esclarecimento, o autor aponta a viabilidade de o Estado ser responsabilizado por erros constantes de suas leis com caráter de planejamento, utilizando como fundamento para esta responsabilidade a boa-fé:

Sem negar que o Estado, pautado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, adeque os rumos de sua política e, com isso, frustre as expectativas de alguns indivíduos, ele cogita hipóteses onde uma determinada política fomenta de tal forma comportamentos num dado sentido, prometendo vantagens e concedendo benefícios, que a mudança brusca de postura, mediante alteração legislativa, acaba por infringir o princípio da boa-fé e ensejar a responsabilização do Estado.¹⁵⁵

A afirmação, contudo, veio acompanhada de duas ressalvas.

A primeira é a de que a responsabilização não pode decorrer de planos meramente informativos, mas daqueles incitativos, que induzem os agentes econômicos a determinado comportamento.

A segunda é a de que o plano, tomado isoladamente, dificilmente gera a responsabilização do Estado, sendo necessário agregar a ele o comportamento da Administração durante a execução do plano:

Por certo isso [a responsabilidade do Estado por danos decorrentes de problemas em seus planos positivados em lei] nos planos meramente informativos, nos quais o Poder Público simplesmente coleta dados ou faz prognósticos e projeções, cabendo ao particular assumir os riscos pela adoção de alguns dos caminhos antevistos pelo plano, mas sim naqueles de caráter incitativo, em cuja implantação ou execução o Estado se compromete firmemente a propiciar benefícios de qualquer natureza, inclusive de índole fiscal. Deve-se perceber, porém, que a responsabilidade do Estado raramente poderá derivar do plano em si, estando geralmente ligada ao

¹⁵⁴ SILVA. *Op. cit.* p. 1128.

¹⁵⁵ *c.f.* SILVA. *Op. cit.* p. 1131-1132.

procedimento da Administração Pública na fase da execução do plano, e aos seus atos concretos que pratica visando a esse fim.¹⁵⁶

Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR também defende que “na intervenção estatal sobre a economia, a boa-fé opera como arquétipo modelador de condutas”¹⁵⁷, trilhando assim o caminho aberto por Almiro do Couto e SILVA.

Para o autor, são duas as situações onde a intervenção do Estado na economia pode gerar danos aos particulares e, com base na boa-fé, a responsabilização do próprio Estado: a) quando há a alteração de normas indutivas; e b) quando há o descumprimento de promessas estatais.

Na primeira, Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR destaca que “ao depois da Lei Máxima de 1988, são contraditórios julgados, no texto dos quais a preservação de situações, constituídas antes de alterações imprimidas pelo Estado na economia, é realizada sob a invocação expressa da lealdade e da boa-fé”.¹⁵⁸, adotando a seguir a linha traçada por Almiro do Couto e SILVA.

A segunda comporta hipótese mais genérica onde, segundo Edílson Pereira NOBRE JÚNIOR, “o Estado poderá atuar, através da via declarativa, realizando promessas sobremaneira capazes, por sua seriedade, clareza, exequibilidade e emanção pela autoridade competente à sua concretização, de levar os particulares ao engajamento em determinadas atividades”¹⁵⁹. Note-se, portanto, que nesse caso não precisaria haver sequer lei que incitasse o comportamento do particular. A mera promessa, se firme, poderia ensejar a responsabilização do Estado.

Os dois autores pátrios mencionados discutem ainda o conteúdo da reparação a ser realizada pelo Estado em caso de responsabilização.

Aqui, Almiro do Couto e SILVA é incisivo ao afirmar que

Caso as promessas tenham se revestido dessas características, a alteração posterior do plano, ainda que efetuada mediante lei, implica o dever de indenizar os danos decorrentes da confiança, abrangendo, à semelhança do que sucede no direito privado, em princípio, apenas a reparação do interesse negativo e não dos lucros que o particular teria caso fossem mantidas as mesmas condições.¹⁶⁰

¹⁵⁶ SILVA. *Op. cit.* p. 1132.

¹⁵⁷ NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.* p. 291.

¹⁵⁸ NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.* p. 296.

¹⁵⁹ *Ibid.* p. 299.

¹⁶⁰ SILVA. *Op. cit.* p. 1132.

Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, por sua vez, discorda. Segundo ele:

Tomando como premissa que a expressão responsabilidade estatal é idônea a configurar um conceito dotado de desejável amplitude, tem-se que não pode ficar adstrita ao pagamento de indenização [por danos emergentes]. Abarca, além disto, o compromisso do Estado em ajustar-se ao cumprimento da ordem jurídica implicando, nas situações enfocadas, em se assegurar o direito de determinado administrado em ver mantidas as condições da norma indutiva, ou o de obter a satisfação das promessas feitas pela Administração. Somente quando tais prestações estiverem impossibilitadas, no caso concreto, de serem alcançadas, é que se poderá falar em suas substituições pelo equivalente em moeda corrente.¹⁶¹

Sem realizar juízos de valores sobre a diferença de posicionamentos acima destacada, cumpre frisar a relevância do tema.

O trato de um único exemplo – uma mudança abrupta de comportamento da Administração por meio de alteração legislativa – demonstra como o tema da incidência da boa-fé na atividade interventiva do Estado é intrigante.

A importância do assunto salta aos olhos, posto que ele inevitavelmente demanda que se observe a projeção da boa-fé sobre aspectos relacionados ao planejamento *interna corporis* da Administração, a atividade legislativa do Estado, ao seu comportamento enquanto agente econômico – sobretudo no que toca a atividade de empresas estatais – a, ainda, no tange a contratos públicos estratégicos – concessões, PPP's, empreitadas pelo regime de contratação integrada, dentre outros aspectos. Logo, ele se mostra merecedor de ser desenvolvido a contento em outro momento.¹⁶²

Cumpra agora que se passe à derradeira e principal parte deste trabalho: uma proposta de sistematização das formas de aplicação da boa-fé, em sua vertente objetiva, aos processos de contratação pública.

¹⁶¹ NOBRE JÚNIOR. *Op. cit.* p. 302-303.

¹⁶² O tema é notoriamente complexo, comporta pesquisa e trabalho científico específicos, o que denota a impossibilidade de ele ser devidamente aprofundado neste trabalho, cujos contornos já estão definidos.

3. BOA-FÉ OBJETIVA E CONTRATOS PÚBLICOS

A teoria do contrato administrativo, cujos fundamentos surgiram a partir das decisões do Conselho de Estado Francês¹⁶³, foi responsável por fincar as bases dogmáticas para a adoção do contrato administrativo como instrumento intermediador de relações jurídicas obrigacionais entre Poder Público e particulares.

Importado do Direito Privado, o contrato administrativo acabou por se tornar uma alternativa à unilateralidade que marcava os atos praticados pela Administração Pública, inserindo consensualidade nas relações travadas entre esta última e sujeitos de direito privado.

Não se pode afirmar, contudo, que o desenvolvimento do contrato administrativo a partir do modelo contratual observado no Direito Privado se deu sem resistência.

Houve – e ainda há – vozes de peso que refutavam a possibilidade de o Estado firmar contratos. Essas críticas são destacadas por Celso Ribeiro BASTOS, o qual afirma que “[...] não foi pequena a resistência dos autores em aceitar a existência do contrato administrativo”,¹⁶⁴ e que muitos

[...] preferiam ver nos acertos feitos pela Administração alguma outra sorte de ato jurídico, talvez, até mesmo considerando esses acordos, um ato-união, que seria, na verdade, o pacto entre partes para se submeterem à incidência de um mesmo plexo normativo.¹⁶⁵

Apesar das peculiaridades observadas no que se refere à intensidade com que se tentou dar aplicação ao instrumental acima mencionado, bem com ao alcance a ele atribuído – alguns autores abordam a questão no âmbito da teoria dos contratos, ao passo que outros a tangenciaram ao tratarem de espécies determinadas contratos –, fato é que ela engendrou considerável óbice à teoria do contrato administrativo.

Otto MAYER, por exemplo, ao tratar especificamente da concessão, afirmou que ela é “é um ato administrativo por meio do qual se dá poder a um indivíduo sobre uma parte da Administração pública”¹⁶⁶.

¹⁶³ Nesse sentido, ver: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 234.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 130.

¹⁶⁵ *Idem*. p. 130.

¹⁶⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “[...] es um acto administrativo por el cual se da poder a um individuo sobre una parte de Administración pública.”. MAYER, Otto. Otto MAYER. **Derecho Administrativo Alemán**, t. IV. Trad. H. H. Heredia et alii. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 149.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO, mencionando a obra de FIORAVANTI, destaca o papel central de Otto MAYER na crítica à existência do contrato administrativo, e explica o motivo pelo qual esse doutrinador alemão realizou tal crítica:

Como salientou Fioravanti, a inadequação do contrato para a Administração Pública era um ponto central na teoria mayeriana porque pensava o ilustre mestre que a consolidação de um verdadeiro Estado de Direito dependia da construção de um direito especificamente público, emancipado do arbítrio soberano e das formas jusprivatísticas, dominantes no Estado de Polícia. A figura contratual comprometeria a função da Administração Pública no Estado de Direito porque, enquanto tutora dos interesses gerais, o vínculo contratual a colocaria em subordinação a interesses particulares. Somente o exercício de poderes de supremacia garantiriam a prevalência, unilateral e autoritária, da vontade geral frente a vontades individuais.¹⁶⁷

No Brasil, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO realiza apontamento que, apesar de não ser tão abrangente ou incisivo, se aproxima da crítica de Otto MAYER. Primeiramente, ele critica uma suposta aplicação generalizada do termo “contrato administrativo” realizada pela doutrina brasileira.

Segundo ele, a expressão “contrato administrativo” normalmente é utilizada para retratar duas figuras jurídicas distintas, quais sejam: a) contratos em que a Administração Pública detém prerrogativas que decorrem de previsão legal ou contratual; e b) relações jurídicas em que a Administração Pública detém prerrogativas que não decorrem da lei ou de cláusulas contratuais, mas da própria natureza do objeto da relação e dos poderes que ela possui sobre eles.¹⁶⁸

Como exemplo desse segundo tipo de relação, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO menciona os vínculos formados pela Administração pública em virtude de concessões de serviço público e de utilizações de bens públicos por sujeitos de direito privado, e critica o emprego do termo “contratos administrativos” para se referir a esses vínculos:

[Há] “contratos” em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as *concessões de serviço público* ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nestas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identifica-la mas *não é suscetível de um contrato propriamente dito* e por isso

¹⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 168.

¹⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 630-631.

não pode estratificar-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.

Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem *extra commercium*. O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que respeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração do vínculo versando sobre ele.¹⁶⁹

Em que pese se não serem idênticas nem contemporâneas, tais críticas partem de ponto comum: uma suposta incompatibilidade do contrato, enquanto negócio jurídico marcado pela bilateralidade, e a posição do Estado de guardião do interesse público, que deve prevalecer sobre os interesses privados.

Nesse compasso, o que hoje se designa por contrato administrativo, seria na verdade a prática de um ato unilateral impositivo pelo Poder Público – a requisição de uma prestação, mediante a justa indenização –, seguido da prática de outro ato unilateral pelo particular – a prestação requisitada pelo Estado.

Esse raciocínio é sintetizado por Marcello CAETANO:

O contrato postula duas vontades ligando-se livremente uma à outra em oposição de inteira igualdade jurídica, de tal modo que, se for sinalagmático, qualquer dos contraentes possa exigir do outro o cumprimento das obrigações assumidas. Ora o Estado quando surge como expressão do interesse público não pode demitir-se da sua autoridade; logo, a vontade que exprime não é do mesmo teor da vontade privada, o que se traduz em imposições unilaterais no decurso da execução do pseudo-contrato, incompatíveis com a verdadeira índole contratual.

[...].

Para a corrente negativista da admissibilidade do contrato nas relações de Direito público, os actos jurídicos por vezes capitulados de contratos mais não são do que a justaposição de dois actos administrativos: um que impõe a prestação, outro que concede a justa indenização. Dir-se-á que nesse caso o contrato se reduz à requisição, e efetivamente a única diferença consistiria em que o acto de imposição só obriga aquele que voluntariamente se lhe submeta e dentro dos limites em que o faça: de resto, é o Estado que unilateralmente fixa o âmbito das obrigações e a indemnização a conceder, e depois, por actos administrativos sucessivos fundados nessa inicial fixação, determina com carácter executório os termos do cumprimento das obrigações.¹⁷⁰

Contudo, Odete MEDAUAR salienta que a despeito dessas resistências, o contrato administrativo não somente se firmou como acabou se afastando dos preceitos norteadores do modelo contratual do sec. XVII – a partir do qual aquele se

¹⁶⁹ *Ibid.* p. 631.

¹⁷⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. tomo I: Introdução-Organização administrativa-Actos e contratos administrativos. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 574-575.

desenvolveu inicialmente¹⁷¹ – acabando por formar um *standard* de “[...] contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado”¹⁷².

A passagem acima registra dado importante: o contrato administrativo, em que pese possuir características peculiares, que justificam a nota adjetiva “administrativo”, constitui figura jurídica que pertence ao gênero contrato, o que denota que sua estrutura também é formada por elementos comuns ao instituto contratual.

Tal observação, por muito simples que se mostre, está longe de ser impertinente.

O desenvolvimento da teoria do contrato administrativo, em dado momento, chegou à consagração de um contrato administrativo com traços muito próprios, supostamente capazes de o tornar um instituto absolutamente independente da figura contratual genericamente tomada.

Quem o afirma é Orlando GOMES que, em texto publicado em sua 2ª edição em 1980, justifica a importância de se proceder a uma análise jurídica dos contratos administrativos não apenas em virtude das controvérsias anteriormente apresentadas – atinentes à sua existência na ordem jurídica –, mas também “porque suas *idiossincrasias* levam certos analistas [...] a sustentar a sua existência autônoma, diversificada, característica, quebrando fatalmente a unidade conceitual”¹⁷³.

Trilhando o raciocínio por ele anotado, o autor afirma:

Nesta Linha de pensamento, o *contrato* não mais seria uma *categoria geral* do Direito, de conceito unívoco, elaborado, sem dúvida, pela doutrina civilística, mas admitido em todos os ramos do Direito. Haveria *contrato de Direito Privado* e *contrato de Direito Público*, diferentes na estrutura e na função e subordinados a princípios diversos.¹⁷⁴

Essa ruptura absoluta, contudo, não tem razão de ser.

Sem negar as peculiaridades inerentes ao contrato administrativo, deve-se reconhecer que ele decorre de um modelo contratual genérico, em maior ou menor medida comum a todas as categorias contratuais. Afinal, como bem lembra Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem

¹⁷¹ *Idem.* p. 235

¹⁷² *Idem.* p. 235

¹⁷³ GOMES, Orlando. Os contratos de direito público. p. 82. In.: **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 81-90.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 82.

ao Direito Privado nem ao Direito Público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado”¹⁷⁵.

No Direito português, Pedro GONÇALVES realiza observação semelhante:

[...] No contrato [administrativo] não há só poder e sujeição, mas também direitos e deveres. E deveres que existem não só para o lado do particular, mas também para o lado da entidade pública contratante. No contrato administrativo há portanto um claro *espaço de supremacia jurídica*, que obedece a uma “lógica da função” que a Administração exerce, mas há também um claro *espaço de paridade das partes*, que respeita na íntegra a “lógica do contrato”.¹⁷⁶

Demais disso, negar que o contrato administrativo decorre de uma linha mestra de elementos que, de alguma forma, os liga às demais categorias contratuais, enseja uma visão míope do instituto, que acaba sendo estudado e desenvolvido preponderantemente em relação aos seus pontos peculiares, e permanece quase que estagnado em relação a outros caracteres.

E é justamente nesse ponto que se encontra a boa-fé objetiva que, por ter sido analisada e desenvolvida majoritariamente no ambiente dos contratos de direito privado, por muito tempo foi negada ou ignorada por grande parte dos operadores do direito que lidam com contratos administrativos – seguindo a toada da crítica realizada à aplicação da figura ao direito administrativo como um todo, exposta anteriormente.

Todavia, o movimento de estudo da aplicabilidade e dos efeitos da boa-fé objetiva ao direito administrativo paulatinamente fez surgir vozes defensoras da sua incidência também aos contratos administrativos, conforme se verá a seguir

3.1. ADMISSÃO DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA AOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Apesar de ser figura jurídica ínsita ao direito obrigacional e contratual, a boa-fé objetiva nem sempre esteve na pauta dos estudiosos dos contratos administrativos.

A posição contratual verticalmente privilegiada da Administração Pública, somada aos deveres de ela agir em estrita conformação com a legalidade e sempre

¹⁷⁵ BACELLAR FILHO, *Op. cit.* pp. 182-183.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo – uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2003. p.103.

em busca da tutela do interesse público, geravam uma espécie de presunção de lealdade e cortesia quanto ao seu comportamento contratual.

Foi com o desenvolvimento do princípio da moralidade¹⁷⁷⁻¹⁷⁸ e da noção de administração consensual que se passou a cogitar da incidência da boa-fé objetiva aos contratos administrativos.

É sabido que o tempo tratou de mostrar a insuficiência do princípio da legalidade estrita como único norteador do agir estatal. A observância mecânica da regra prescrita em Lei gerava distorções e implicava em injustiças.

Imputou-se então à Administração Pública o dever de não apenas agir em consonância com as prescrições legais, mas sim de acordo o ordenamento jurídico tomado em sua completude – princípio da juridicidade –, incluindo-se aqui a necessidade de adotar conduta proba e correta, norteadas pelo princípio da moralidade.

Por força do princípio da moralidade, obrigou-se a Administração Pública a agir de forma leal para com seus administrados em todos os diversos tipos de relação que poderiam ser tratadas com eles, inclusive nos contratos administrativos.

Partindo-se do princípio da moralidade como elemento cogente de um comportamento leal da Administração Pública no íterim contratual, não demorou para se perceber que o seu funcionamento, no âmbito dos contratos administrativos, equivalia por vezes à função desempenhada pela figura da boa-fé objetiva no âmbito dos contratos de direito privado.

Em verdade, o princípio da moralidade hoje é apontado como uma das vias permissivas da incidência da boa-fé objetiva aos contratos administrativos. Edilson

¹⁷⁷ Juarez FREITAS confirma a afirmação em sua obra, ao afirmar que “O princípio da confiança legítima ou da boa-fé recíproca nas relações de administração apresenta tal relevo que merece tratamento à parte, não obstante ser inerência da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas”. (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 94-95).

¹⁷⁸ Sobre a moralidade administrativa, Maurice HAURIOU ensina o seguinte: “Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout être possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'administration possède une conduite, elle pratique forcément cette distinction, qui, pour elle, se ramène surtout à la discrimination de ce qui est ou n'est pas dans le sens de l'intérêt du service. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l'institution de l'excès de pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d'actes de l'administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l'administration est liée, dans une certaine mesure, par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne détournement de pouvoir.” (HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif etc de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 360).

Pereira NOBRE JÚNIOR o utiliza como um dos fundamentos para a aplicação do art. 422, do Código Civil, aos contratos administrativos:

Poder-se-á aduzir que tal ocorre em face das peculiaridades do direito itálico, particularmente em razão de o art. 11, segundo inciso, da *Legge* 240, de 01 de agosto de 1990, que dispõe normas sobre procedimento administrativo e acesso a documentos, ser expresso em permitir, nos acordos que estipula, a aplicação dos princípios do Código Civil em matéria de contratos e obrigações, não possuindo, assim, pertinência no direito brasileiro. Ledo engano. O art. 3º, *caput*, da nossa Lei 8.666, de 21-06-93, embora restrito à licitação, timbra em dizer a obrigatoriedade de se proceder em conformidade com o princípio da moralidade. [...] No mais – é até despidendo voltar a frisar – faz-se presente injunção constitucional de respeito à moralidade, aplicável a todos os seguimentos pelos quais se espraia a atividade da Administração, a impedir que, nos contratos que venha a convolar, aquela venha a pautar-se pela senda da deslealdade.¹⁷⁹

O princípio da moralidade impactou no tipo de relação contratual travada entre a Administração Pública com os administrados, tornando-a paulatinamente mais consensual, fundada na noção de auxílio mútuo entre as partes que, quando sistematizado a partir de comportamentos padronizados, torna-se especializado, trazendo à relação a figura da boa-fé objetiva.

Outro fundamento para a aplicação da boa-fé aos contratos públicos é indicado por Flávio Amaral GARCIA. Segundo ele, o contrato administrativo, tal como visto atualmente, é norteado pela solidariedade entre as partes contratantes, que devem agir em efetiva parceria¹⁸⁰ e, portanto, de acordo com os deveres impostos pela boa-fé. Ele sintetiza seu argumento na seguinte passagem:

Daí a necessidade de contratante e contratada agirem em rime de parceria e de colaboração, pautando os seus comportamentos pelo princípio da boa-fé, que envolve lealdade e confiança recíprocas, com vistas à tutela das legítimas expectativas geradas entre as partes para fins de garantia da estabilidade e segurança jurídica das relações travadas.¹⁸¹

Não bastasse o caminho aberto por tais fundamentos doutrinários, há na legislação infraconstitucional dispositivo legal que serve de via de diálogo entre a boa-fé objetiva e os contratos administrativos. Trata-se do art. 54, da Lei nº 8.666/98, cujo texto prevê que “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas

¹⁷⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e a sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 208.

¹⁸⁰ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos (casos e polêmicas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 301-302.

¹⁸¹ *Ibid.* p. 302.

suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado**”^{182,183}.

Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR também aponta o referido dispositivo como elemento que viabiliza a incidência da boa-fé objetiva aos contratos administrativos:

Doravante, no art. 54 do mesmo diploma [a Lei nº 8.666/93], figura a afirmação de que os contratos administrativos reger-se-ão pelos preceitos de direito público, sem prejuízo da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos, entre os quais está o da boa-fé.¹⁸⁴

Cabe ainda mais uma observação em relação ao referido dispositivo: ele não apenas atrai a boa-fé objetiva como princípio jurídico afeto à teoria geral dos contratos, como também permite a incidência do art. 422 do Código Civil – disposição de direito privado que instrumentaliza a boa-fé objetiva como cláusula geral de direito – aos contratos administrativos.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva, nesse contexto, incide em toda a sua plenitude – como cânone hermenêutico-integrativo, como fonte de direitos e como elemento de controle do exercício de direitos e deveres jurídicos – em todo o processo obrigacional que, conforme visto, se inicia antes mesmo da formação do ajuste administrativo, passa por toda a sua execução, e persiste após a extinção do contrato.

É essa complexidade que se passa a analisar em seguida.

¹⁸² O grifo não consta do texto original.

¹⁸³ Eduardo García de ENTERÍA, ao comentar o artigo 7 da Lei de Contratos da Administração Pública espanhola, registra a importância da aplicação supletiva das disposições de direito privado aos ajustes de natureza pública, fato que reforça a natureza contratual desse tipo de vínculo: “La aplicación supletoria final de las normas del Derecho Privado, que hemos visto que llama el precepto que comentamos, es muy importante, pues ya hemos avanzado nuestra opinión de que en cuanto al contenido y la mecánica obligacional de relación patrimonial entre las partes el contrato administrativo, por muy de Derecho Administrativo que se pretenda, es un verdadero contrato, cuyas reglas habrá que buscar normalmente – a falta de norma específica contraria en la regulación material de cada tipo de contrato en la propia LCAP – en el Código Civil y en su jurisprudencia y principios”. (ENTERÍA, Eduardo García. *Ámbito de aplicación de la Ley* (arts. 1 a 9, inclusive). pp. 117-118 *In*: **Comentário a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Madrid: Thomson Civitas, 2004. pp. 81-122.

¹⁸⁴ *Idem*. p. 208.

3.2 A APLICAÇÃO DA NOÇÃO DE OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO AOS CONTRATOS PÚBLICOS

O primeiro passo para compreender a complexidade decorrente da incidência da boa-fé objetiva aos contratos públicos é passar a aceitar que esse tipo de ajuste, em que pese suas peculiaridades, também encerra obrigações que se desenvolvem segundo a noção de processo desenvolvida por Clóvis V. do Couto e SILVA e pontuada anteriormente.¹⁸⁵

Essa observação, talvez por ser demasiado óbvia, não foi trabalhada pela doutrina pátria, nem mesmo em textos que tratam da obrigação pré-contratual ou pré-negocial da Administração Pública.

Aliás, ao se tomar por base conceitos e definições clássicas de “contrato administrativo”, constata-se que são permeados por uma concepção estática de relação obrigacional, que se resume à soma dos elementos que a originaram, quais sejam: a) as partes contratantes – de um lado, a Administração Pública e, do outro, o particular; b) o objeto, sempre destinado à satisfação de um interesse público; e c) um vínculo jurídico, nascido da manifestação de vontade das partes, e submetido ao regime jurídico de direito público (o qual garantiria à Administração uma série de prerrogativas)¹⁸⁶.

Tome-se como exemplo a definição constante da obra de Hely Lopes MEIRELLES:

*Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração*¹⁸⁷.

A definição supra, como se vê, destaca a existência do ajuste (vínculo), existente entre a Administração Pública e o particular ou ente público (partes), no qual este deverá suportar um ônus em favor e nos termos impostos por aquela (objeto).

¹⁸⁵ Ver item 1.2 deste trabalho.

¹⁸⁶ Ver, dentre outros: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos, 1960, pp. 306-310; ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, ppp. 44-47. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 620-648.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 194.

Ademais, ressalta a ideia de que a Administração, enquanto credora, é titular de um direito, e o particular, por ser devedor, detém a obrigação de satisfazer aquele direito, mediante execução do objeto pactuado, nos termos da já trabalhada noção estática de obrigação.

Entretanto, um olhar mais atento da legislação que regula as contratações públicas no Brasil demonstra que essa visão não corresponde à realidade, e que a aplicação da noção de obrigação como processo a esse campo não apenas é viável, como absolutamente necessária.

O “processo” obrigacional – consistente no nascimento, execução e extinção da prestação principal, bem como dos deveres que lhe são acessórios –, que no mais das mais das vezes se desenvolve de maneira implícita no que se refere a relações travadas sob a égide do Direito Privado, deve ser (ao menos em parte) reduzido a termo e formalizado no universo das contratações públicas.

É sabido que a formalização de grande parte dos contratos públicos, nos termos do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, pressupõe a realização de prévio procedimento licitatório, que garanta a seleção da melhor oferta mediante a utilização de critérios objetivos que respeitem o princípio da isonomia entre os particulares interessados em contratar com o Poder Público.

Nesse procedimento – e, a partir daqui, trabalhar-se-á estritamente com os dispositivos pertinentes previstos na Lei nº 8.666/93¹⁸⁸ – a Administração deve diagnosticar qual é a sua necessidade e decidir qual é a melhor forma de satisfazê-la elaborando, se preciso for, projetos básico e executivo do objeto por ela pretendido (art. 7º).

Partindo dessas informações, deve redigir edital que contenha as especificações do objeto desejado, os critérios para avaliação das propostas, as condições de pagamento e outras informações aptas a viabilizar que os interessados participem da licitação apresentando propostas sérias e firmes, passíveis de serem executadas, bem como para que o vencedor do certame assine o contrato tendo ciência das dimensões do encargo que assumiu (art. 40).

¹⁸⁸ A opção pelos apontar apenas os dispositivos pertinentes previstos na Lei nº 8.666/93 tem como único objetivo a construção de um panorama que ilustre o posicionamento aqui adotado, ou seja, o de que as contratações públicas também se desenvolvem a partir de uma noção de obrigação como processo. Isso não significa, em absoluto, que outros diplomas legais que regulamentam contratações públicas com características diversas daquelas encartadas na Lei nº 8.666/93 – como, por exemplo, as Leis nº 8.987/95 e a Lei nº 12.462/11 (para citar apenas duas) – fogem ao raciocínio. Ao contrário: uma análise detida e sistemática desses diplomas apenas corrobora a afirmação aqui feita.

Selecionada a melhor proposta, formaliza-se o contrato, que deve ser executado fielmente pelas partes (art. 66).

Se o contrato for executado a contento, ao final tem-se o adimplemento do dever principal assumido pelo particular – a execução total do objeto contratado, com o respectivo ato de recebimento (art. 73) –, bem como o pagamento da justa remuneração pela Administração que, mesmo após a entrega do que foi adquirido, ainda pode ser titular de direitos acessórios em face do particular (deveres de sigilo, de informação, etc.).

A Lei 8.666/93 disciplina também os casos de inexecução do contrato (art. 77 e seguintes), bem como de anulação da avença, em virtude de vícios observados nele ou no procedimento licitatório que o antecedeu (arts. 49 e 59,), impondo até mesmo o dever de a Administração indenizar o particular em virtude de parcelas cumpridas até o momento da invalidação da avença (art. 59, parágrafo único).

A análise das regras acima descritas demonstra claramente que os atos atinentes à realização da licitação, à execução e ao adimplemento dos contratos administrativos não podem ser praticados a esmo. Eles se concatenam a partir de uma ordem lógica, estabelecida pelo legislador, culminando no desenvolvimento do que é chamado de processo de contratação pública¹⁸⁹.

E o processo de contratação pública, tomado enquanto conjunto formal de documentos que materializam todos os atos formalmente praticados pelas partes contratantes, que acabam com cumprir prestações recíprocas num fluxo tendente ao adimplemento do contrato, como se nota, desenvolve-se de maneira muito similar à obrigação tomada enquanto processo, na forma anteriormente trabalhada.

Aliás, pode-se afirmar - ainda que se corra o risco de desenvolver raciocínio que peque pelo simplismo – que o processo de contratação engendra uma espécie de síntese formal do próprio processo obrigacional parcialmente contido no contrato administrativo.

Como se nota, a noção jurídica de obrigação como processo é plenamente aplicável ao campo dos contratos administrativos, o que abre espaço para a incidência da boa-fé objetiva em toda a sua plenitude também a esse tipo de ajuste.

¹⁸⁹ Renato Geraldo MENDES utiliza a expressão “processo de contratação pública” para designar o intervalo existente entre a constatação, pela Administração Pública, da existência de uma necessidade a ser satisfeita, passando por todo o planejamento da licitação (ou do procedimento de contratação direta), a sua realização, a formalização e a execução do contrato. Sobre o tema, ver: MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2012.

3.3 ANÁLISE DAS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Comprovada a plena incidência da boa-fé objetiva aos contratos públicos, alavancada pela constatação de que as obrigações contidas nesse tipo de negócio jurídico também se desenvolvem como um processo, ou seja, como uma série de atos destinados ao cumprimento de prestações recíprocas, tendentes ao adimplemento, passa-se a análise da funcionalidade dessa figura no bojo das contratações realizadas pela Administração Pública, segundo suas diversas funções¹⁹⁰.

O objetivo desta parte do trabalho é tentar sistematizar e comentar a atividade dessas diversas funções a partir situações hipotéticas e casos concretos levantados junto à jurisprudência.

3.3.1 A boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo nos contratos públicos

A primeira das funções da boa-fé objetiva a ser avaliada no bojo das relações contratuais públicas é a de cânone hermenêutico-integrativo.

Conforme registrado no item 1.4.1 deste trabalho, sob esse prisma, a boa-fé objetiva age integrando lacunas ou obscuridades legais, servindo de parâmetro de avaliação objetiva de condutas atípicas das partes contratantes.

A leitura dessa afirmação pode causar estranheza e, até mesmo, sua negação, sob o argumento que o administrador público, obediente que é ao princípio da legalidade, não poderia agir na ausência de regra jurídica ou contratual que autorizasse expressamente a sua ação.

Essa raciocínio, contudo, deve ser rechaçado. Não é de hoje que se tem clara a ideia de que o princípio da legalidade não vincula a Administração Pública à letra fria da lei, mas sim ao Direito. Almiro do Couto e SILVA já há algum tempo registrou

¹⁹⁰ Tal como definidas no Capítulo 1 deste trabalho.

que “Existe hoje uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada antes ao Direito do que propriamente à lei”¹⁹¹.

Em outras palavras, a obediência ao princípio da legalidade não implica na necessidade de a Administração Pública agir estrita e friamente nos termos da lei – ou de não agir, na ausência desta. Ela impõe, sim, um agir alinhado com o Direito; com a ideia de “juridicidade”¹⁹².

Essa interpretação do princípio da legalidade, contudo, traz consigo a necessidade de se reunir elementos que permitam a valoração de condutas da Administração que não estejam expressa e detalhadamente previstas em uma regra escrita. E neste ponto a boa-fé objetiva, tomada como cânone hermenêutico-integrativo, passa a se mostrar extremamente importante.

Ademais – e aqui se adentra propriamente ao universo das contratações públicas – seria no mínimo descabido cogitar a concepção, por parte da Administração Pública, de um contrato que reduzisse a termo todos os infinitos comportamentos passíveis de serem adotados pelas partes nele envolvidos.

Como se viu, o contrato contém em si um feixe de obrigações que se entrelaçam e se desenvolvem com o passar do tempo, demandando por vezes que as partes adotem posturas e pratiquem atos que, apesar de imprevisíveis para o legislador, mostram-se essenciais durante as tratativas e no momento do nascimento do ajuste. Da mesma forma, é possível que esse mesmo contrato seja omissivo em relação a condutas inimagináveis quando da sua formalização, mas que se mostrem impreteríveis para a sua perfeita execução.

Para avaliar a lealdade desses comportamentos, mais uma vez se mostra importante e conveniente manusear a boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo.

Um exemplo ilustra a questão.

¹⁹¹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. p. 22. *In.*: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**. V. 27, N. 57 Supl. 2003. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. pp. 13-32.

¹⁹² Sobre o princípio da juridicidade, ver: DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, PATRICE. **Droit administratif**. 7. ed. Paris: Armand Colin, 2000. pp. 75-78. Especial destaque para o seguinte trecho: “L’Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, à tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. Les autorités administratives ne sauraient pas même violer leurs propres décisions: *legem quam ipse facisti*, selon l’adage. Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu’il y a obligation d’agir conformément aux différents éléments de l’ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d’être sanctionnée”.

O art. 78, da Lei nº 8.666/93, prevê um rol de 17 (dezessete) situações capazes de ensejar a resolução de um contrato administrativo.

Em que pese a existência de posicionamentos contrários¹⁹³, há vozes que afirmam que esse rol é exaustivo, ou seja, que ele encerra todas as hipóteses aptas a ensejar a rescisão dos contratos administrativos regulados pela Lei nº 8.666/93, antes do término do prazo de vigência desses ajustes.

Essa é a opinião, por exemplo, de Lucas Rocha FURTADO, segundo o qual “o contrato não pode prever outras hipóteses de rescisão além daquelas expressamente indicadas na lei”¹⁹⁴.

Com todo respeito, esse alinhamento parece atribuir ao legislador uma inexistente capacidade de antever todos os incontáveis atos e fatos capazes de demandar a resolução de um contrato e de registrar tudo isso num único dispositivo legal.

Note-se que o problema permanece mesmo admitindo-se que outras hipóteses de resolução contratual podem ser previstas no próprio contrato e nos documentos a ele anexados. Tudo o que se faz, é transferir o inexistente poder mencionado no parágrafo anterior do legislador para a(s) pessoa(s) que redige(m) a minuta da avença, ignorando-se a inviabilidade material de se prever todo tipo de problema capaz de pôr um fim ao ajuste.

A tese de que o art. 78 encerra um rol exemplificativo¹⁹⁵, contudo, traz consigo um problema de atribuição de responsabilidade pelo desfazimento do acordo pois, nesse contexto, faz-se necessário apontar se há e quem é o responsável pela resolução do contrato mesmo em face da ausência de regra que o indique previamente.

¹⁹³ Cite-se a título ilustrativo trecho da obra de Hely Lopes MEIRELLES, onde consta o seguinte: “A relação dos motivos de rescisão não nos parece exaustiva, mas simplesmente exemplificativa, pois o regulamento do serviço, o caderno de encargos e o próprio contrato podem acrescentar outros casos de rescisão, em face das peculiaridades da obra, do serviço ou do fornecimento” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 353).

¹⁹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 557.

¹⁹⁵ A afirmação merece uma ressalva: as hipóteses de rescisão por ato unilateral da Administração Pública devem, sim, encerrar um rol taxativo, sob pena de se criar clima de insegurança na relação contratual. São as rescisões amigáveis, pautadas em atos/fatos alheios à vontade das partes e que tornam inviável a execução da avença que motivam a adoção posicionamento aqui esposado, posto que é materialmente inviável prever todo tipo de vicissitude capaz de inviabilizar o cumprimento do ajuste nos termos originalmente pactuados.

Diante desse cenário, a valoração objetiva da conduta das partes contratantes, mediante utilização da boa-fé objetiva como cânone hermenêutico-integrativo passa a ter importância ímpar.

Seria muito difícil atribuir responsabilidade a qualquer uma das partes sem avaliar se elas agiram ou não tendo por base o adimplemento contratual, cumprindo os deveres necessários para tanto. E essa avaliação é possível mediante a utilização da funcionalidade da boa-fé objetiva.

Também merece registro aqui a teoria da aparência que, conforme registrado anteriormente¹⁹⁶, atrai a incidência da boa-fé objetiva para situações onde relações jurídicas, em que pese conterem defeitos, são exteriorizadas como se perfeitas fossem e, por isso, são mantidas no mundo jurídico para proteger a esfera jurídica das partes envolvidas.

Já se anotou aqui o fato de que na teoria da aparência, a boa-fé objetiva é utilizada como parâmetro para avaliar a conduta da pessoa que deu causa à insubsistência da relação contratual, de modo a inferir se ela, apesar de praticar ato em desacordo com determinada regra jurídica, agiu objetivamente visando o sucesso da relação.

Registrou-se também que esse contexto, somado à boa-fé subjetiva de terceiros e ao risco de os envolvidos sofrerem prejuízos, geraria a possibilidade de manutenção do negócio no mundo jurídico, e lhe conferiria efeitos concretos.

Esse instrumental parece ir ao encontro de uma tese defendida no âmbito do Tribunal de Contas da União que, no exercício da sua competência fiscalizadora, por vezes se depara com contratos administrativos eivados de vícios, mas não determina a anulação formal desses negócios, sob o argumento de que essa medida causaria prejuízos ainda maiores ao erário. Veja-se trecho de precedente nesse sentido:

31. No caso concreto, entendo que não se justificou a restrição imposta no edital no sentido de vedar a participação de cooperativas do pregão sob comento. Todavia, as razões apresentadas pelo Banco Central para a adoção da vedação supra demonstram a existência de motivos aceitáveis para que se efetuassem as limitações impostas.

32. Dessa forma, a adoção de medidas corretivas mostram-se suficientes para sanear as irregularidades apontadas, não sendo o caso de aplicar sanção aos responsáveis. Por conseguinte, deve a representação ser considerada parcialmente procedente.

33. Deixo, contudo, de acompanhar a Unidade Técnica em relação à proposta de que se determinasse ao Banco Central que rescindisse o ajuste. Entendo

¹⁹⁶ Ver item 1.4.1 deste trabalho.

que, no presente caso, não se configurou dolo ou culpa dos agentes ao incluírem a vedação sob comento. Não obstante divergir da tese adotada pela Entidade, reconheço que a questão jurídica envolvida é complexa, como se depreende das decisões judiciais trazidas aos autos.

34. O interesse público, na hipótese, será melhor atingido caso se admita, excepcionalmente, o prosseguimento normal da execução do contrato até o término de seu prazo de vigência. Evita-se, dessa forma, que ocorra descontinuidade dos serviços públicos adjacentes à avença, além de poupar a Administração Pública de incutir nos custos de indenização decorrentes da anulação do contrato, de que trata o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.¹⁹⁷

É de se notar que, no precedente acima, o julgador atribuiu efeitos de contrato a negócio jurídico que, segundo a própria decisão, continha vício decorrente de ilicitude praticada durante o procedimento licitatório que o antecedeu.

Para fazê-lo, o julgador realizou o seguinte exercício: *a)* avaliou a conduta objetiva dos administradores que deram causa à insubsistência, incluindo no edital restrição injustificada à participação de determinados sujeitos no procedimento licitatório, e concluiu que eles o fizeram a partir de justificativas técnicas consistentes e tendo em vista a eficácia da futura contratação; *b)* afastou – ainda que implicitamente – qualquer má intenção (má-fé subjetiva) do sujeito contratado, que participou regularmente do certame, cumprindo todas as exigências a ele impostas; *c)* constatou que o contrato vinha sendo executado a contento, satisfazendo a necessidade da Administração Pública e de seus administrados; e *d)* concluiu que extinção do negócio jurídico causaria prejuízos não apenas ao terceiro contratado, como à própria Administração, que teria de indenizá-lo.

O procedimento, note-se, equivale à aplicação da teoria da aparência ao caso concreto, o que denota a salutar utilização da boa-fé objetiva, enquanto cânone hermenêutico integrativo, como instrumento apto a dar aos contratos públicos maior efetividade, e às partes contratantes um tratamento mais justo.

¹⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 22/2003-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julgado em 22/1/2003.

3.3.2 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres nos contratos públicos

A boa-fé objetiva tomada enquanto fonte de direitos, e a sua funcionalidade no bojo dos processos de contratação pública, é o próximo passo da análise que aqui se realiza.

Importa observar que ao se falar de incidência da boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres jurídicos aos contratos públicos, tem-se como a mais importante das consequências o reconhecimento de que também esses negócios jurídicos são permeados por deveres laterais de conduta.

Em outras palavras, os processos de contratação pública também envolvem deveres não positivados *a priori*, não previstos antes do surgimento do processo obrigacional, que não decorrem do exercício da autonomia da vontade das partes envolvidas, mas sim da própria natureza contratual do negócio por elas delineado e firmado, e que cujo cumprimento se mostra essencial para o regular desenvolvimento e extinção do processo.

Assim, deveres de lealdade, colaboração, cooperação, informação, cuidado e segurança, sigilo, dentre outros, são impostos às partes desde o início das tratativas (etapa pré-contratual), devendo ser observados durante a execução do negócio (etapa contratual), e até mesmo após a sua extinção (etapa pós-contratual).

Nesse ponto, tornam-se numerosos os exemplos e casos que podem ser cogitados ou avaliados. Em verdade, cada negócio jurídico pode apresentar um sem número de variáveis em matéria de deveres laterais de conduta.

3.3.2.1 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa pré-contratual

A avaliação do surgimento de deveres laterais de conduta na etapa pré-contratual do processo obrigacional pode ser introduzida a partir do tema da responsabilidade pré-contratual.

No Direito Privado, o primeiro a tangenciar o tema foi Rudolf Von JHERING¹⁹⁸, em seu clássico “*Culpa in contrahendo*”, onde trata basicamente da possibilidade de responsabilização do sujeito que, em momento anterior à formação do contrato, pratica ato culposos ou doloso que gera a nulidade posterior do negócio.

¹⁹⁸ JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

Com o passar dos anos, o tema foi transformado, afastando-se da responsabilidade aquiliana e aproximando-se da responsabilidade contratual¹⁹⁹, abrangendo todas as situações em que a lealdade e a confiança das partes na formação da futura contratação são frustradas injustificadamente – ainda que por atos que não necessariamente praticados com culpa ou dolo, ou que ensejariam a nulidade do ajuste que viria –, gerando danos a um dos sujeitos contratantes.

No campo dos contratos públicos, o primeiro trabalho acerca do tema de que se tem notícia é assinado por Almiro do Couto e SILVA, onde ensina que “hoje se tem como assente, em toda a parte, que a responsabilidade pré-contratual se reconduz ao princípio da boa-fé, que cobre todo o direito, tanto privado quanto público”²⁰⁰.

O autor aborda a responsabilidade pré-contratual sob a luz do princípio da boa-fé, do art. 36, § 7º, da Constituição Federal de 1988 e, por último, do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o qual é apontado como inconstitucional por limitar a responsabilidade pré-contratual do Estado apenas às hipóteses de anulação posterior do contrato administrativo, sem culpa ou dolo do contratado, sem qualquer amparo na norma constitucional – que taxativamente indica a responsabilidade objetiva do Estado.

Carlos Ari SUNDFELD, em parecer de sua autoria, faz menção a um estudo anterior, onde concluiu “que, de fato, havia mesmo responsabilidade estatal, pelo ‘vício redibitório’ constituído pelo passivo tributário, o qual ficou oculto por ter a entidade estatal alienante cometido violação grave de sua obrigação de informar”²⁰¹, isso em virtude “do não cumprimento de obrigação pré-contratual e da violação da lealdade e da boa-fé”, indicando que também adere à tese da responsabilidade pré-contratual em sede de contratos públicos.

Ainda sobre o tema, é possível destacar os textos de Alessio LIBERATI (com a colaboração de Andrea REGGIO D’ACI e Michela REGGIO D’ACI)²⁰², Edílson

¹⁹⁹ Cf. SILVA, Almiro do Couto e. **Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no direito administrativo brasileiro**. p. 164. In.: Revista de Direito Administrativo. N. 217. pp. 163-171. jul./set. 1999

²⁰⁰ SILVA, *Ibid.* p. 168.

²⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Responsabilidade do Estado por violação de obrigação pré-contratual: o problema da prescrição**. p. 678. In.: Pareceres, vol. 2: direito administrativo contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 677-701.

²⁰² LIBERATI, Alessio. Col. Andrea Reggio d’Acio e Michela Reggio d’Aci. **Responsabilità pré-contrattuale nei contratti pubblici: danni patrimoniali e danni non patrimoniali**. UTET Giuridica: Torino (ITA), 2009.

Ferreira NOBRE JÚNIOR²⁰³, Bernardo Strobel GUIMARÃES²⁰⁴ e Bruno MIRAGEM²⁰⁵. Este último, aliás, trabalha com situação hipotética extremamente interessante e que merece ser brevemente debatida.

Trata-se da possível responsabilização da Administração por danos causados ao particular em decorrência da revogação do procedimento licitatório após a adjudicação do objeto da licitação, mas antes da formalização do contrato.

O tema é intrigante e polêmico pois, para boa parte da doutrina e da jurisprudência, o ato de adjudicação não gera para o particular o direito a ver formalizado o contrato²⁰⁶⁻²⁰⁷ e, a par disso, vê-se a revogação do procedimento licitatório como uma prerrogativa da Administração, cujo exercício regular não pode gerar qualquer pretensão indenizatória no licitante.

Todavia, a questão passa a tomar contornos diversos quando analisada sob a luz da boa-fé objetiva.

Ora, não se nega em absoluto a prerrogativa da Administração Pública de, apoiada em critérios de conveniência e oportunidade, revogar o procedimento licitatório. Entretanto, é preciso lembrar as palavras de Adilson Abreu DALLARI, segundo o qual “A licitação não é uma atividade lúdica; deve ser séria, feita com o propósito firme de celebrar um contrato”²⁰⁸. A realização de procedimento licitatório não engendra um comportamento despretensioso e descompromissado do Poder Público.

²⁰³ NOBRE Júnior. *op. cit.* pp. 209-214.

²⁰⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Proposta de manifestação de interesse (PMI) – riscos públicos e riscos privados**. pp. 47-55. *In.*: Revista de Contratos Públicos (RCP). Ano 4. N. 6. Set2014/Fev2015. pp. 31-57.

²⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade pré-contratual da Administração e proteção da confiança no direito brasileiro**. *In.*: Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. V. 27. N. 58. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003. pp. 131-152.

²⁰⁶ Veja-se como exemplo passagem da obra de Carlos Ari Sundfeld: “É sabido que o Estado não está obrigado a contratar pela mera circunstância de haver aberto ou adjudicado uma licitação. Cabe-lhe, depois disso, decidir pela conveniência e oportunidade de celebrar o contrato. Daí afirmar-se que, em geral, o vencedor da licitação não tem direito a ele, mas sim de não ser preterido em favor de outro licitante pior classificado ou de pessoa estranha ao certame.” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994. pp. 215-216.)

²⁰⁷ Em matéria de jurisprudência, cita-se trecho do Recurso em Mandado de Segurança nº 30.481/RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: “O vencedor do processo licitatório não é titular de nenhum direito antes da assinatura do contrato. Tem mera expectativa de direito [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 30.481/RJ Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 02.12.2009).

²⁰⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 185.

O Estado, antes de lançar o procedimento licitatório, deve, de maneira séria e firme, detectar que possui uma necessidade, e fixar no edital do certame o objeto necessário para satisfazer essa necessidade.

Isso demonstra que a realização do procedimento licitatório está fundada no pressuposto básico de que a Administração irá contratar, salvo a ocorrência de algum evento imprevisível que, no decorrer do processo, venha a alterar ou extinguir a sua necessidade²⁰⁹.

Partindo dessa premissa, não é difícil chegar à conclusão de que os sujeitos que participam da licitação também são norteados pela legítima expectativa de que, sendo selecionados, formalizarão com a Administração o respectivo contrato. Daí porque empregam seus melhores esforços para vencerem o procedimento licitatório. E a frustração dessa expectativa pode sim gerar o direito de o particular ser indenizado, ao menos no que se refere aos custos decorrentes da participação no certame e devidamente comprovados, por ofensa ao dever lateral de lealdade.

O licitante que se classifica em primeiro lugar incorre em diversas despesas para participar regularmente do certame, emitindo certidões, atestados, participando de visitas ao local de execução do objeto, fornecendo amostras, etc. Tudo isso norteado pela legítima expectativa de que, se vencer a licitação, será contratado.

Quando ele vence o certame, e não é contratado em virtude de revogação do procedimento, essa expectativa é frustrada em virtude de fato que não lhe é imputável – lembre-se que a formalização da avença deixa de ser conveniente e oportuna exclusivamente à Administração. E o pior: resta ainda o ônus financeiro que lhe foi imposto para participação na licitação.

É esse ônus financeiro que a Administração deve suportar²¹⁰, independente da sua legítima prerrogativa de revogar o procedimento licitatório.

²⁰⁹ Cumpre lembrar que o art. 49, da Lei nº 8.666/93, apenas autoriza a revogação do procedimento licitatório “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Portanto, se não há a superveniência de fatos que alterem ou cessem a necessidade de o Poder Público contratar o objeto inicialmente desejado, e o procedimento licitatório não apresenta vícios que demandem a sua anulação, não há razões que justifiquem a sua extinção sem que ocorra a respectiva contratação.

²¹⁰ Orientações como a do Tribunal de Contas da União, determinando a seus jurisdicionados que apenas exijam a apresentação de amostras por parte dos vencedores classificados em primeiro lugar nos procedimentos licitatórios, evitando assim a imposição de ônus financeiros desnecessários aos participantes, demonstram que o vencedor do certame detém expectativa de ser contratado capaz de justificar essa despesa, o que serve para corroborar o raciocínio ora exposto: “9.2. determinar ao Gabinete do Comandante do Exército que, em futuros certames: 9.2.1. limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei nº 8.666/1993,

Bruno MIRAGEM corrobora esse posicionamento

Em relação à responsabilidade pré-contratual da Administração, toda a atividade de direção dos negócios públicos, seja por renovação da orientação política da Administração (por intermédio das eleições, por exemplo), ou por novas definições quanto a procedimentos e contratações em fase concludente, uma vez que determinem a ocorrência de prejuízos aos particulares e que caracterizem a violação à confiança legítima do particular à Administração, parece-nos hipótese que enseja o dever de indenizar. Entenda-se, contudo, que o reconhecimento eventual do dever de indenizar – conforme as circunstância, não elide a prerrogativa da Administração de adotar as medidas que entenda convenientes. Apenas deverá imputar a mesma, a responsabilidade por danos dele decorrentes.²¹¹

Há precedente recente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que segue a mesma linha. Veja-se trecho da ementa do julgado:

7. Lícita a revogação da licitação, deve-se examinar se o ato teria, mesmo assim, gerado obrigação de indenizar, sabido que atos lícitos também podem empenhar a responsabilidade objetiva do Estado.

8. A mudança de orientação, que resultou na revogação da licitação, foi ato de planejamento, que, se não feriu direito subjetivo, pelo menos frustrou uma expectativa legítima da empresa.²¹²

A rigor, todo prejuízo regularmente comprovado pelo licitante lesado pode ser indenizado. É claro que, nesse contexto, a comprovação de danos emergentes tende a se mostrar sensivelmente mais simples. Entretanto, nada impede que o particular comprove que frustração de sua expectativa legítima em ser contratado lhe ensejou prejuízos por lucros cessantes²¹³.

Há outras questões que também encontram solução na boa-fé objetiva incidindo na etapa pré-contratual e no ônus jurídico de respeitar os deveres laterais de conduta, por ela imputado às partes negociantes – como, por exemplo, eventual

observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.113/2008 – Plenário. Relator Auditor André Luís de Carvalho. j. 11/6/2008).

²¹¹ MIRAGEM. *Op. cit.* p. 151.

²¹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível nº 2006.34.00.031803-3. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. J. 22/7/2015.

²¹³ O posicionamento quanto à extensão da indenização por revogação de licitação por razões de interesse público é análogo aquele já adotado pelo STJ em caso de rescisão de contrato administrativo também fundada no interesse público: “O entendimento proferido pelo Tribunal de origem encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.232.571. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. j. 31/3/2011).

indenização decorrente da demora injustificada de uma das partes em formalizar a avença, ou ainda a prestação de informações falsas durante o procedimento licitatório.

Contudo, levando em conta a extensão do assunto, e visando abordá-lo com o detalhamento que ele merece, o desenvolvimento dessas hipóteses deverá ocorrer em outra oportunidade.

3.3.2.2 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa de execução do contrato

O trato da boa-fé objetiva enquanto cânone hermenêutico-integrativo já permitiu que se tenha uma ideia de como se dá a incidência da referida figura durante a execução do contrato administrativo.

Todavia, o presente tópico se destina a abordar alguns exemplos de como a boa-fé objetiva, tomada como fonte de direitos, pode funcionar durante a etapa de execução de ajustes públicos.

O primeiro deles é extremamente simples, mas ganha importância na medida em que sua solução não se baseia em previsão legal expressa.

É sabido que o particular, ao apresentar sua proposta durante o procedimento licitatório, transcreve ali uma série de dados pessoais. Pessoas jurídicas informam sua razão social, o número do seu CNPJ, o endereço de sua sede, telefones, etc. Pessoas físicas, por sua vez, informam seus nomes, números de CPF e RG, endereços profissionais, dentre outros. Tais sujeitos informam ainda – ou informarão, quando da formalização do contrato – seus dados bancários, para fins de pagamento.

Cogite-se, por exemplo, que, durante a execução do contrato, uma determinada pessoa jurídica contratada muda sua sede para outro endereço, ou então transfere sua conta para outra instituição financeira, e deixa de informar esses fatos à Administração contratante.

Imagine-se ainda que, por desconhecer a mudança de endereço do contratado, a Administração contratante se veja impedida de lhe notificar formalmente acerca de circunstância relevante para a perfeita execução do objeto contratado. Ou então que, por não ter sido cientificada da alteração dos dados bancários do particular, ela não consiga efetivar seus pagamentos tempestivamente.

Todas essas situações hipotéticas, note-se, podem nascer da omissão do particular em manter a Administração informada acerca de acontecimentos que impactam no cumprimento dos seus deveres contratuais, detendo inclusive o potencial de lhe causar efetivos danos.

Entretanto, como impor ao particular o ônus de manter a Administração informada acerca de questões como essas, considerando-se a inexistência de norma que o obrigue expressamente, bem como eventual omissão do edital e do contrato nesse sentido?

A resposta reside exatamente na boa-fé objetiva. Mais especificamente, no dever lateral de informação imposto por ela às partes contratantes.

Melhor explicando, a boa-fé objetiva, enquanto fonte de direitos, impõe que as partes contratantes se mantenham informadas acerca de fatos importantes para o perfeito adimplemento de seus deveres contratuais. O descumprimento desse dever – que, é bom frisar, não precisa estar expressamente previsto em disposição legal ou contratual –, se ensejar dano, gera direito a indenização equivalente, à exemplo do que ocorre no direito privado.

Voltando ao exemplo anteriormente trabalhado, teríamos que a omissão do particular em manter a Administração informada acerca de ocorrências que ecoam na escorreita execução do contrato, se ensejar prejuízos ao Poder Público, gera para este último o direito de pleitear indenização equivalente.

O dever de informar, contudo, não é o único imposto às partes durante a etapa de execução do ajuste. E outra situação hipotética ajuda a ilustrar a afirmação.

Tome-se como exemplo contrato de prestação de serviços de limpeza e conservação, que demande do particular contratado a alocação de itens de sua propriedade – produtos de limpeza, esfregões, vassouras, enceradeiras, furadeiras, e ferramentas de todo tipo – em quantidade tamanha que seja inviável transportá-los todos os dias de sua sede até o local da prestação dos serviços.

Cogite-se que, para solucionar esse problema, a Administração disponibilize um local dentro de sua sede, para que esses equipamentos sejam armazenados enquanto o particular permanecer lhe prestando os serviços.

Suponha-se, agora, que no intervalo entre uma jornada de serviços e outra – a noite, por exemplo – um segurança a serviço da Administração danifique ou furete algum desses equipamentos, gerando prejuízos à empresa contratada para prestar serviços de limpeza.

Neste caso, surge para a Administração o dever de indenizar o contratado, por inobservância do dever de guarda dos bens entregues aos seus cuidados, que também decorrente da boa-fé objetiva, independente de qualquer previsão legal ou contratual acerca da questão.

Em que pese ter analisado a questão no âmbito da responsabilidade extracontratual, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o dever de guarda da Administração Pública:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE UNIVERSIDADE PÚBLICA.

1. O Poder Público deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área de estacionamento pertencente a estabelecimento público, desde que haja serviço especializado com esse fim.²¹⁴

O voto condutor do precedente acima mencionado considerou que, no campo da responsabilidade extracontratual, a inobservância do dever de guarda da Administração Pública, e o respectivo dever de licitar, decorrem da teoria da *faute du service*. Haveria assim falha na prestação de um serviço específico – o estacionamento vigiado – colocado à disposição dos usuários, o que ensejaria o pagamento de indenização.

Contudo, esse fundamento não se mostra adequado quando o dever de guarda é infringido por ocasião da execução de um contrato. Aqui, a Administração não está prestando qualquer tipo de serviço ou benesse ao particular. Pelo contrário: ele é quem foi contratado para dar conta de uma prestação que satisfaça uma necessidade do Poder Público.

No campo da responsabilidade contratual, é a boa-fé objetiva quem serve de fundamento para o dever de guarda da Administração Pública, bem como para um eventual pleito de indenização a ser movido pelo particular, em caso de desrespeito a esse dever.

Esses são apenas alguns dos infindáveis exemplos de que se poderia cogitar acerca da funcionalidade da boa-fé, enquanto fonte de direitos, durante a execução de contratos públicos.

²¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 438.870/DF. Relator Ministro Castro Meira. J. 12/4/2005.

Ocorre que ela transborda da etapa de execução do contrato, operando até mesmo em momento posterior à extinção dos referidos ajustes. Esse é o tema que se passa a abordar a partir de agora.

3.3.2.3 A boa-fé objetiva como fonte de direitos e deveres na etapa pós-contratual

Como fonte de direitos, a boa-fé objetiva opera mesmo após a extinção do contrato, servindo de fundamento jurídico para a chamada responsabilidade pós-contratual.

A responsabilidade pós-contratual, como bem destaca André Luiz Arnt RAMOS, consiste em “expressão quase inaudita no âmbito jurídico brasileiro”²¹⁵. A jurisprudência indica que não há grande diversidade de casos onde ela é invocada pelos magistrados como *ratio decidendi*, e raros são os doutrinadores que tratam dela de maneira verticalizada²¹⁶.

Seu gatilho é a constatação de que determinado sujeito sofreu danos em virtude da inobservância, por outra pessoa, de deveres laterais de conduta decorrentes de contrato já extinto, que por eles fora formado.

Em matéria de direito privado, as decisões que utilizam a responsabilidade contratual como fundamento, grosso modo, versam sobre a rescisão unilateral de contratos com longo prazo de duração – em geral, contratos de seguro de vida²¹⁷ –, sobre danos causados pelo proprietário ao antigo locatário, decorrentes de obrigações pessoais (contas de água, luz) baseadas em informações defasadas (faturas emitidas em nome do antigo locatário), que não mais correspondem à verdade²¹⁸, e a danos suportados por indivíduo que, no passado, comprou determinado bem de outrem e,

²¹⁵ RAMOS, André Luiz. Arnt. **Lineamentos de responsabilidade civil pós-contratual no direito civil brasileiro**. p. 13. In.: Revista Jurídica Themis. N. 24 (2013/2013). Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2013. pp. 13-24.

²¹⁶ A título de referência, confira-se os seguintes trabalhos: DALLEGRAVE NETO, João Affonso. **Responsabilidade pré e pós-contratual no direito do trabalho**. In.: Revista do TRT – 9ª Região. Ano 29. N. 53. Jul/dez de 2004. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região. pp. 53-70; DONINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

²¹⁷ Dentre outros, conferir: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1444292/SP Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma. J. 5/8/2014.

²¹⁸ A título de exemplo, cita-se: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0008974-65.2009.8.26.0566. Relator Desembargador Hamid Bdine. 29ª Câmara de Direito Privado. J. 28/5/2014.

passado o tempo, descobre que o mercado não disponibiliza peças de reposição ou assistência técnica para esse bem²¹⁹.

No universo da contratação pública, a escassez de material é ainda maior²²⁰.

Entretanto, não é raro ver a Administração Pública ocupando o lugar de comprador de determinado bem e que, passado algum tempo, veja-se lesada diante da ausência de peças de reposição e/ou de assistência técnica o que, em tese, poderia lhe gerar direito a justa indenização.

O mesmo pode ser dito acerca de situações onde o Poder Público ocupa a posição de locatário de bem imóvel, o que é bastante habitual²²¹.

Há ainda a possibilidade de se esquematizar um caso hipotético, a partir do qual se possa analisar a utilização da boa-fé objetiva como fundamento para a responsabilização pós-contratual, em sede de contratos públicos.

Suponha-se, por exemplo, que o Poder Público realize a contratação de empresa especializada em segurança, para que ela desenvolva um projeto de monitoramento e vigilância de repartição que guarde bens e/ou informações financeiramente valiosos.

A empresa então desenvolve projeto, indicando quantidade e local de postos de vigilância armada, fixando câmeras de monitoramento em pontos estratégicos, escalonando o acesso a determinados locais da repartição em níveis distintos de competência, distribuindo senhas, dentre outros.

Finalizada a elaboração e a implantação do projeto, as partes concedem quitação mútua de suas obrigações e dão fim ao contrato. Mas, algum tempo depois, a antiga contratada, por equívoco, deixa vaziar as informações relativas ao sistema de segurança elaborado para o Poder Público, obrigando-o a contratar outro projeto, em caráter de urgência, dado o risco aos seus bens/informações.

Essa simplória situação hipotética contém em si exemplo de desrespeito ao dever de sigilo, posto que a empresa que fora contratada não logrou êxito em manter

²¹⁹ c.f. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0226727-23.2011.8.26.0100. Relator Desembargador Sá Duarte. 33ª Câmara de Direito Privado; J. 11/5/2015.

²²⁰ Em verdade, a pesquisa realizada não retornou qualquer resultado que contribuísse para o desenvolvimento do trabalho e merecesse nota.

²²¹ Não se ignora que esse tipo de contrato é classificado pela Lei nº 8.666/93 como ajuste de direito privado (art. 62, § 3º, inc. I), e não como típico vínculo administrativo. Contudo, o exemplo colabora para que se constate que a boa-fé objetiva – e a responsabilidade pós-contratual – podem incidir sobre determinados jurídicos concomitantemente a normas de direito público, posto que mesmo esse tipo de contrato sofre a incidência dos princípios norteadores da atividade administrativa e das contratações públicas, na forma do art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

em segredo dados que, tornados públicos, causaram danos à Administração, mesmo após a extinção do contrato – que, vale frisar, fora devidamente executado –, criando para ele o direito de pleitear justa indenização.

O tema, como se vê, é excepcionalmente importante, em virtude de ela potencialmente poder dar solução a um sem número de problemas enfrentados diuturnamente pelo Poder Público e pelos seus contratados, mesmo tendo sido tão pouco explorado até o momento.

3.3.3 A boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos nos contratos públicos

A última das funcionalidades da boa-fé que precisa ser tratada no presente trabalho é a de limite legal ao exercício de direitos subjetivos por parte dos sujeitos contratantes.

Esse talvez seja o ponto mais polêmico deste estudo, posto que se propõe a apontar que a Administração Pública, cujo agir é respaldado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pode, em sede de contratos públicos, ver-se impedida de exercer determinado direito subjetivo em face do contrato – e vice-versa, vale frisar.

A questão comportaria problematização.

De um lado, ter-se-ia a corrente doutrinária que defende a supremacia do interesse público sobre o privado²²², e a impossibilidade de a Administração Pública ceder posições contratuais decorrentes de direitos subjetivos em favor dos particulares, sob risco de causar danos à coletividade.

De outro, colocar-se-iam aqueles que militam pela primazia dos direitos fundamentais em face do interesse público²²³, e pela consequente necessidade de a

²²² Conferir, por exemplo: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica.** In.: Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 155-201.

²²³ Nesse sentido, ver: SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.** In.: Direito administrativo e seus novos paradigmas. Coord. Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 97-143.

Administração, ao contratar, submeter-se à função de limite ao exercício de direitos subjetivos, operacionalizada pela boa-fé objetiva.

Esse exercício, contudo, redundaria em desperdício de energia em torno de um falso problema.

Não há qualquer conflito entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a limitação do exercício de direitos subjetivos impostos pela boa-fé objetiva.

É impreterível lembrar aqui a diferença existente entre o interesse público secundário, que se resume ao interesse da Administração, e o interesse público primário, que consiste no interesse retirado da coletividade²²⁴.

E é inconcebível que se retire da coletividade o interesse – público primário – de ver a Administração agindo de forma descortês e desleal para com os administrados. Pelo contrário: é inerente ao interesse público primário o desejo de se ter uma Administração Pública que se comporte sempre de maneira leal, reta e cortês, perante seus administrados, utilizando suas potestades dentro desses limites.

Ana Cláudia FINGER corrobora essa afirmação ao ponderar que “o Estado concretiza o interesse público quando cumpre legítima e satisfatoriamente o seu papel na realização das atividades administrativas respeitando a boa-fé dos cidadãos”²²⁵, e complementa seu raciocínio asseverando o seguinte:

O reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o privado não implica negação da existência que informam e vinculam o agir administrativo, que, antes, deles se compõe, pois, o interesse público substancia os princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé.

Um comportamento da Administração Pública de acordo com a boa-fé objetiva é o mínimo de conteúdo material que se pode atribuir ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

²²⁴ Para ilustrar, cita-se a lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102).

²²⁵ FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – fundamentos da estabilidade do ato administrativo**. p. 322. In.: Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Coord. Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010. pp. 307-346.

Daí porque o interesse público, ao contrário de repudiar, deseja e impõe que a Administração Pública ceda posições contratuais e deixe de exercer direitos subjetivos decorrentes de contratos públicos nas situações em que tal conduta implicar em afronta à boa-fé objetiva.

Não há, portanto, qualquer empecilho à incidência da boa-fé objetiva, enquanto limite legal ao exercício de direito subjetivo, ao campo dos contratos públicos, o que abre espaço para a exposição que vem a seguir.

3.3.3.1 Contratos públicos e teoria do adimplemento substancial

A noção de adimplemento substancial do contrato, fundada na cláusula-geral da boa-fé objetiva, implica em limite ao exercício do direito formativo resolutivo do contrato decorrente do inadimplemento.

Ela incide em situações onde a pretensão de resolução do contrato, em que pese se fundar no descumprimento de determinada obrigação, ou ainda o cumprimento em tempo, local ou modo diversos daqueles pactuados originalmente, afronta os deveres de lealdade e cooperação, mostrando-se excessiva no caso concreto.

A figura é sintetizada com maestria pela professora Judith MARTINS-COSTA:

Constituindo a resolução, como é sabido, direito formativo extintivo que decorre de fato superveniente à conclusão do contrato, por vezes este direito (ou poder formativo), mormente quando fundado em cláusula resolutiva tácita [...], pode ser inibido por força do princípio da boa-fé, quando o seu exercício caracteriza conduta incompatível com os deveres de lealdade e cooperação. No caso de as obrigações contratuais terem sido substancialmente adimplidas, caberá, então, apenas a indenização pela parte que não foi cumprida conforme o pactuado.²²⁶

Em contratações públicas, a Administração contratante, como se sabe, possui o direito formativo resolutivo de unilateralmente pôr fim ao contrato, nas hipóteses onde o contratado não cumpre suas obrigações, ou as cumpre em tempo, local ou modo diversos daqueles fixados no contrato, nos termos do art. 78, incs. I a IX, da Lei nº 8.666/93.

²²⁶ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 459.

E não são raras as vezes em que o exercício dessa prerrogativa se mostra abusiva, em virtude do cumprimento substancial das obrigações contratuais por parte do sujeito contratado, que pode fazer uso da figura ora analisada.

Demais disso, a referida figura pode ser utilizada no campo das contratações públicas para afastar eventuais efeitos ilegítimos decorrentes de abusiva rescisão unilateral de contrato promovida pela Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça possui julgado que ilustra bem a assertiva acima, em cuja ementa consta o seguinte:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART.

87 DA LEI N. 8.666/93.

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186): DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

[...]

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade²²⁷.

O processo de origem consistia em mandado de segurança impetrado por determinada empresa, visando a concessão de ordem que lhe garantisse o direito de participar de licitações, em que pese sanção de suspensão do direito de licitar e contratar aplicada pela União, em decorrência do cumprimento intempestivo da última parcela de um contrato firmado entre ela e a impetrante.

Tanto a sentença quanto o acórdão do Tribunal *a quo* julgaram o pleito procedente, o que levou a União a interpor recurso especial.

Ao analisar a questão, o Ministro José Delgado prestigiou as decisões retro, destacando que “a penalidade aplicada tomou por base mero atraso no cumprimento

²²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 914.087/RJ. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. J. 4/10/2007.

das prestações pela impetrante, sem demonstração de prejuízo para a Administração Pública”.

Pautando-se nesse dado, bem como no fato de que a “a administração recebeu parte dos produtos fornecidos sem nenhuma ressalva, o que denota ter consentido com a mora a que incidiu a empresa”, o relator reconheceu a incidência da boa-fé objetiva ao caso, e a consequente caracterização do adimplemento substancial do contrato.

Com isso, a rescisão promovida administrativamente pela União foi considerada ilegítima e, a partir daí, a sanção de suspensão do direito de licitar e contratar se tornou juridicamente injustificável, e seu afastamento foi comprovado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Bem se vê, então, que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência da teoria do adimplemento substancial no campo dos contratos públicos, e a empregou não apenas para ponderar a ilegitimidade da resolução contratual promovida pela Administração, mas também para afastar sanção administrativa decorrente da rescisão da avença.

3.3.3.2 Contratos públicos e a exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido está prevista no art. 476, do Código Civil, cujo texto estabelece que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Instituto de direito material, consiste em exceção “pela qual a parte que devia primeiro cumprir, em não cumprindo, não pode demandar o cumprimento daquela que deveria cumprir em segundo lugar”²²⁸, como bem explica a professora Judith MARTINS-COSTA.

A aplicação dessa figura aos contratos administrativos é admitida pela jurisprudência, mas com algumas ponderações realizadas à luz do art. 78, inc. XV, da Lei nº 8.666/93, que merecem ser aqui comentadas.

O dispositivo em comento contém hipótese de rescisão contratual nos casos em que a Administração Pública atrasa pagamentos em prazo superior a 90 (noventa)

²²⁸ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 460.

dias²²⁹. Em outras palavras, a mora do ente público em realizar pagamento, quando superior ao prazo retro, gera para o particular contratado o direito de pleitear a rescisão do ajuste.

Nada obstante a clareza de seu texto – que expressamente trata da hipótese de rescisão contratual –, o dispositivo é utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça como fundamento e parâmetro legal para avaliar as suspensões na execução de pactos administrativos promovidas por particulares, em virtude de mora da Administração em relação a pagamentos.

É o que se retira, por exemplo, do seguinte trecho da ementa do acórdão prolatado por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 910.802, de relatoria da Ministra Eliana Calmon:

Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito.²³⁰

O reconhecimento da possibilidade de a exceção do contrato não cumprido ser manejada pelo particular que contrata com o Poder Público é atitude louvável, e merece ser elogiada.

Contudo, nada justifica a construção realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a referida exceção somente poderá ser oposta nos casos em que a mora da Administração for superior a 90 (noventa) dias.

Conforme dito anteriormente, o art. 78, inc. XV, da Lei nº 8.666/93, trata de hipótese de rescisão contratual, e não de suspensão na execução do contrato. Demais disso, disciplina um dos inúmeros descumprimentos contratuais em que a Administração Pública pode incorrer no íterim contratual: o atraso em pagamentos devidos ao particular.

Nestes termos, o que o Superior Tribunal de Justiça faz é dar à suspensão da execução do contrato, justificada na exceção do contrato não cumprido – incidente

²²⁹ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;”

²³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 910.802/RJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. J. 3/6/2008.

que pode decorrer do descumprimento de qualquer dever contratual por parte da Administração, e que afeta exclusivamente a eficácia do negócio jurídico –, o mesmo tratamento jurídico que o legislador conferiu à rescisão do contrato – figura que extingue o negócio jurídico – que, nos termos do art. 78, inc. XV, da Lei nº 8.666/93, decorre exclusivamente ausência de pagamento.

Do ponto de vista prático, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação da exceção do contrato não cumprido aos ajustes administrativos se mostra igualmente equivocado. Em suma, ele obriga o particular a cumprir todas suas obrigações, mesmo sem receber seus pagamentos, por até 90 (dias), custeando a execução da avença com seus próprios recursos, sem qualquer garantia de que situação contratual se normalizará.

Com efeito, esse panorama instala um estado de insegurança jurídica, que refletirá no valor das propostas recebidas pela Administração durante a licitação, posto que os proponentes, sabendo do risco de eventualmente terem que custear a execução da avença, por até 90 (noventa) dias, o alocarão no valor a ser proposto, inflacionando-o.

Demais disso, sob o prisma da boa-fé objetiva, a medida se mostra amplamente desleal e contrária ao dever de cooperação, imposto às partes por aquela cláusula-geral.

Não há, como se vê, nenhuma justificativa legal para a imposição de um prazo de tolerância para o inadimplemento da Administração, dentro do qual o particular não poderá opor a ela a exceção do contrato não cumprido. A referida *exceptio* pode ser pleiteada judicialmente ato contínuo à omissão no pagamento devido pela Administração.

É preciso, contudo, realizar uma ressalva. Em que pese autorizar a exceção do contrato não cumprido franquear ao particular a possibilidade de ele suspender suas atividades em função de atraso no pagamento por parte da Administração, ela não autoriza que ele execute o contrato de maneira irregular.

A ressalva é feita por Flávio Amaral GARCIA:

O inadimplemento do entende público, de outro lado, não confere ao contratado o direito à ineficiência.

[...]

A consequência jurídica prevista para o inadimplemento no pagamento pelo ente público é a suspensão do cumprimento de suas obrigações (podendo

até chegar à rescisão do contrato) e não o descumprimento ou o cumprimento irregular das cláusulas contratuais.

Não há no ordenamento jurídico, nenhum dispositivo legal que autorize o contratado a executar o contrato de modo imperfeito em razão do não pagamento dos serviços prestados. A relação de causalidade é outra, ou seja, a de que o não pagamento permite a suspensão no cumprimento das obrigações do contratado.

Portanto, mesmo que o ente público esteja com o pagamento em atraso, não pode o contratado executar as suas obrigações em desacordo com os parâmetros de eficiência fixados no contratado.²³¹

Assim, ao se deparar com o inadimplemento de determinado dever contratual pela Administração, o contratado pode optar por opor a ela a exceção do contrato não cumprido e suspender suas atividades, ou continuar a executar o objeto contratado nos termos previstos na avença. A exceção do contrato não cumprido não serve como fundamento para o cumprimento imperfeito de obrigações contratuais.

3.3.3.3 O *tu quoque* nos contratos públicos

A figura do *tu quoque* implica em óbice ao exercício de direito subjetivo decorrente de disposição legal anteriormente desrespeitada pela pessoa que pretende exercê-lo. Nesses termos, o *tu quoque* impede que determinado sujeito atente contra norma jurídica e, em momento posterior, pretenda vê-la aplicada em proveito próprio.

O raciocínio é sintetizado por Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO:

A fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído. Está em jogo um vector axiológico intuitivo, expresso em brocardos como *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*.²³²

Em que pese se aproximar da *exceptio non adimpleti contractus*, o *tu quoque* normalmente é tratado de maneira individualizada pela doutrina. Judith MARTINS-COSTA, por exemplo, o classifica como uma das duas vertentes da teoria do ato próprio, colocando-o ao lado do *venire contra factum proprium*²³³, que será trabalhado na sequência.

²³¹ GARCIA. *Op. cit.* pp. 309-310.

²³² MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 837.

²³³ MARTINS-COSTA. *Op. cit.* p. 461.

Dentre os limites legais – nascidos da boa-fé objetiva – ao exercício de direitos subjetivos, talvez o *tu quote* seja aquele que menos foi explorado pelo direito pátrio em relação à sua aplicabilidade a contratos públicos.

De qualquer forma, Vitor Pimentel PEREIRA relata em artigo de sua autoria um precedente que trata da questão. O trecho merece ser transcrito:

Na Apelação Cível nº 70025465600-200850 discutia-se uma situação em que, num contrato administrativo, uma construtora pleiteava a cobrança do pagamento por obras realizadas e não pagas pelo Município de Torres, enquanto este último alegava que havia pagado e não recebera parte da obra. Assim, ambas as partes alegavam que houve descumprimento da outra parte. Ocorre que, por conta da existência de um incêndio (caso fortuito), houve um desequilíbrio na situação pactuada. Como nenhuma das partes comprovou se houve o reequilíbrio do contrato, não se poderia afirmar ao certo se a contratada havia cumprido sua parte na avença, em face do pagamento que recebera, nem se o Município pagara o valor integral que lhe tocava. Assim, a Câmara decidiu que, numa hipótese em que parece haver descumprimento contratual de ambas as partes, não cabe a qualquer delas alegar o descumprimento da outra parte para beneficiar-se, concretizando “vedação à pretensão das partes intitulada TUO QUOQUE [sic]; proibição de exigir de outrem o cumprimento de preceito já propriamente descumprido; princípio inspirador da EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS; quem não cumpriu o contratado, ou a lei, não pode exigir o cumprimento de um ou outro.”²³⁴

O exemplo ilustra bem a questão, e pode ser replicado em outras situações genericamente supostas.

Pode-se cogitar de cláusula inserida em contrato de obra pública que vincule tanto o início das diversas etapas do objeto quanto os respectivos pagamentos a requisição formal encaminhado pela parte interessada.

Nesse contexto, se a Administração impõe ao particular que ele inicie determinada etapa da obra sem a emissão da requisição formal necessária, não poderá se valer da regra para negar a este o último pagamento que é a ele devido, invocando a necessidade de ele emitir a dita requisição formal, posto que este comportamento encontra óbice na figura do *tu quoque*.

De qualquer forma, apesar de a doutrina tratar a figura de maneira individualizada, na prática, a tendência é que ela seja substituída pela exceção do

²³⁴ PEREIRA, Vitor Pimental. **A fórmula *tu quoque*: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e na jurisprudência**. P. 394. In.: Revista Quaestio Juris. V. 5. N. 2. pp. 360-402. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/viewFile/9882/7744> acesso em 19/5/2015.

contrato não cumprido, dada a similitude existente entre ambas, e a maior abrangência desta última.

3.3.3.4 Contratos públicos e a vedação ao comportamento contraditório

A vedação ao comportamento contraditório – também conhecida como proibição ao *venire contra factum proprium* – implica na impossibilidade de um sujeito, ao se relacionar juridicamente com outro(s), adotar conduta num determinado sentido e, em momento posterior, praticar ato em descompasso com a postura que vinha sendo assumida, em afronta à boa-fé objetiva

Acerca da figura, Antonio Manuel da Rocha MENEZES CORDEIRO explica que “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível”²³⁵.

Ao contrário do que ocorre com as figuras trabalhadas nos demais itens deste capítulo, a vedação ao comportamento contraditório é amplamente reconhecida e trabalhada pela jurisprudência no que se refere aos contratos administrativos.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região foram proferidas decisões que utilizam o *venire contra factum proprium* para avaliar o mérito de lides cujo objeto envolva contratos públicos²³⁶.

A título ilustrativo, cita-se como julgado com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ECT. CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE REDE DE ATENDIMENTO DA REGIÃO SUL. PENALIDADE DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO PARCIAL AFASTADA. 1. Há previsão legal para a aplicação de multa pela inexecução parcial do contrato (art. 87, II, Lei n. 8.666/93), cabendo à Administração, dentro da discricionariedade, dosar a penalidade para que esta guarde proporcionalidade com a gravidade do ato cometido e sempre respeitado o direito de defesa. Não atendidos os princípios da proporcionalidade e do devido processo legal, pode o Judiciário exercer controle dessas violações no caso concreto. 2. Demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro no contrato a justificar os inúmeros atrasos na prestação dos serviços, bem

²³⁵ MENEZES CORDEIRO. *Op. cit.* p. 742.

²³⁶ Nesse sentido, ver: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5028182-88.2012.404.7000, Quarta Turma. Relatora p/ Acórdão Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. J. 24/03/2015.

como o acatamento das justificativas apresentadas para tanto, ao menos tacitamente e até a manifestação do desinteresse na renovação do ajuste, não podendo a Administração surpreender o contratante a partir de comportamento absolutamente contraditório ao até então adotado. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido para o fim de anular as multas aplicadas à autora em decorrência de atrasos injustificados relativos ao Contrato nº 23/2011 com a ECT.²³⁷

O caso em questão consiste em ação sob rito ordinário movida por determinada empresa contratada visando anular penalidades impostas pela Administração contratante em decorrência de supostos atrasos no cumprimento de deveres contratuais.

Relatou a Autora da ação que desde a formalização do contrato observou que nele constavam algumas cláusulas inexecutáveis – a maioria relativa a prazos para o conserto e a reposição de peças obsoletas, necessárias à perfeita execução dos serviços. Informou também que, apesar desses contratempos, cumpriu a contento todos os seus deveres contratuais, sempre justificando eventuais atrasos. Observou ainda que essas justificativas sempre foram aceitas pelo fiscal designado pela Ré que, inclusive, efetivou o recebimento dos serviços e liberou os pagamentos devidos em função deles.

Contudo, segundo asseverou a Autora, o comportamento da Ré se transformou após sua ciência de que aquela primeira não teria interesse em renovar o contrato originalmente firmado. De acordo com a Autora, a partir desse momento, a Ré passou a utilizar os atrasos ocorridos anteriormente – e já devidamente justificados – como fundamento para a emissão de notificações e a instauração de processos administrativos que culminaram na aplicação de penalidades administrativas à contratada.

Ao decidir a questão, a Relatora pontuou o seguinte:

[...] entendo demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro no contrato a justificar os inúmeros atrasos na prestação dos serviços, bem como o acatamento das justificativas apresentadas para tanto, ao menos tacitamente e até a manifestação do desinteresse na renovação do ajuste, não podendo a Administração surpreender o contratante a partir de comportamento absolutamente contraditório ao até então adotado.

²³⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5009858-79.2014.404.7000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 14/05/2015.

Como se vê, a decisão não apenas reconheceu a procedência das justificativas apresentadas pela Autora em relação aos atrasos por ela cometidos quando da execução do contrato, como também condenou o comportamento contraditório da Administração que, até a manifestação do desinteresse da contratada em renovar o ajuste, vinha acolhendo as referidas justificativas e procedendo ao recebimento dos serviços executados, com a emissão do respectivo aceite e, depois disso, resolveu voltar atrás e punir a empresa. E a vedação a esse comportamento contraditório, utilizado pela Relatora em sua *ratio decidendi*, decorre da boa-fé objetiva.

Merece registro ainda o fato de que o posicionamento adotado, além de encontrar amparo na boa-fé objetiva, é respaldado pela doutrina de Joel de Menezes NIEBUHR:

Por força da lógica, se a Administração recebeu em definitivo o objeto do contrato, é porque verificou o que foi executado e o aceitou. À Administração é permitido rever esse ato a qualquer tempo, produzindo clima de incerteza [...].²³⁸

Ocorre que a vedação ao comportamento contraditório no que se refere à prática de atos incompatíveis com o recebimento definitivo do objeto não gera efeitos apenas em face da Administração contratante, alcançando também o particular contratado.

Em 1995, o Min. Demócrito Reinaldo avaliou caso²³⁹ em que impôs esse óbice a empresa contratada pela Administração Pública, negando seguimento a recurso especial interposto pelo particular em face de decisão que julgou improcedente sua ação cobrança movida em face de um Município.

Por fim, não é demais lembrar que a proibição ao *venire contra factum proprium* não se restringe aos casos de recebimento definitivo do objeto seguida da emissão de aceite, sendo ela, em tese, aplicável a quaisquer atos e comportamentos manifestados pelas partes no ínterim da relação contratual.

²³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2011. p. 489.

²³⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 60.579/SP. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. PRIMEIRA TURMA. J. 18/10/1995.

CONCLUSÃO

Elaborar impressões conclusivas acerca deste trabalho engendra tarefa deveras complexa, posto que o objetivo da pesquisa realizada nunca foi exaurir o tema analisado.

Antes disso, buscou-se com o presente estudo sedimentar o caminho a ser trilhado por aqueles que veem na boa-fé objetiva um importante elemento norteador dos processos de contratação pública, a partir da elaboração de um material que sistematizasse não apenas os fundamentos jurídicos, mas também algumas das diversas formas de incidência da referida norma aos contratos públicos, às negociações que os antecedem, e ainda à etapa pós-contratual.

E este objetivo, ao que tudo indica, foi atingido.

O primeiro capítulo do trabalho ajuda a compreender os contornos teóricos e o conteúdo da boa-fé objetiva, suas concepções dogmáticas e, ainda, as diversas funções por ela exercidas no ordenamento jurídico, em especial em processos obrigacionais.

Constam dele a diferença entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, as concepções que se têm desta última enquanto cláusula-geral e princípio, a sua relação com a noção de obrigação como processo, e ainda as suas diversas funcionalidades, instrumental essencial para se situar acerca do tema.

O segundo capítulo, por sua vez, contém síntese da discussão travada entre aqueles que não admitiam a incidência da boa-fé sobre o direito administrativo, e aqueles que viam e veem nela um princípio norteador da atividade administrativa. Alberga ainda exposição sobre como a boa-fé projeta seus efeitos nas atividades administrativas.

Sua finalidade foi problematizar a aplicabilidade da boa-fé ao campo do direito administrativo, tema que tem como pano de fundo a sempre polêmica dicotomia entre direito privado e direito público, demonstrando que, apesar dos óbices originalmente levantados, hoje a referida norma é considerada aplicável às atividades administrativas, abrindo espaço para a sua análise no universo das contratações públicas.

O terceiro e último capítulo abordou a consagração da boa-fé objetiva como princípio regente dos processos de contratação pública, bem como esboça suas

funcionalidades nas etapas de formação e de execução dos contratos públicos, e ainda após a extinção desses ajustes.

A boa-fé objetiva é sabidamente norma de caráter aberto, plástico, capaz de se adaptar às peculiaridades que o caso concreto apresentar. Isso impossibilita a especificação de todas as suas hipóteses de incidência, posto que elas são infinitas. Qualquer tentativa nesse sentido seria infrutífera. Por isso, o terceiro capítulo foi pensado – e assim deve ser lido – para propiciar uma compreensão estrutural da forma como se dá a aplicação da boa-fé aos processos de contratação pública, indicando quais operações lógicas podem ser feitas pelo operador do direito para manusear tal norma no âmbito dos contratos públicos.

Contudo, espera-se que a contribuição acadêmica deste estudo não se limita a isso.

Por traz da sistematização realizada nas páginas anteriores, cuja elaboração foi pautada pela pretensão de disponibilizar ao operador do direito um material com caráter razoavelmente prático, que sirva de instrumento para a resolução de problemas do dia a dia, encontra-se o forte desejo de que a racionalidade da Administração Pública e daqueles que com ela costumam contratar sofra uma virada.

Espera-se que este trabalho consiga, sobretudo, desestimular comportamentos formalistas e mesquinhos por parte dos sujeitos que porventura se relacionem mediante a formalização de contratos públicos, e fomentar posturas mais leais, transparentes, colaborativos.

Aspira-se que essa pesquisa propicie a criação de ambientes contratuais em que as partes estejam mais preocupadas em viabilizar o adimplemento das obrigações reciprocamente assumidas, e menos em colocar umas a outras óbices destinados exclusivamente a gerar o máximo de benefícios em proveito próprio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (“substantial performance”) no negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. p. 406. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 4. São Paulo: Método, 2004. pp. 405-414;

AMARAL, Francisco. **Direito Civil introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987;

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo. Ano 89, mai/2000. Vol. 775. pp. 11-17;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental do Recurso Especial nº 1444292/SP Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma. j. 5/8/2014;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição nº 10.274/DF, Ministro Relator Herman Benjamin, j. 27/8/2014;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 418.572/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. j. 10/3/2009;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 438.870/DF. Relator Ministro Castro Meira. j. 12/4/2005;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 60.579/SP. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. j. 18/10/1995.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 910.802/RJ. Relatora Ministra Eliana Calmon. j. 3/6/2008;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 914.087/RJ. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. j. 4/10/2007;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.232.571. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. j. 31/3/2011

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0008974-65.2009.8.26.0566. Relator Desembargador Hamid Bdine. 29ª Câmara de Direito Privado. j. 28/5/2014;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0226727-23.2011.8.26.0100. Relator Desembargador Sá Duarte. 33ª Câmara de Direito Privado; j. 11/5/2015;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Apelação Cível nº 013130/2006, Relator Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 3/5/2007;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 0003615-72.2009.8.19.0003, Relator Desembargador Sidney Hartung. j. 7/8/ 2013;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70034864942, Relator Desembargador Luiz Renato Alves da Silva, j. 25/11/2011;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Apelação Cível nº 5009619-85.2013.827.0000, Relatora Desembargadora Jacqueline Adorno, j. 10/3/2014;

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível nº 2006.34.00.031803-3. Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, J. 22/7/2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº 5021586-05.2013.404.0000, Terceira Turma. Relator Desembargador Fernando Quadros da Silva, j. 7/10/2013;

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5009858-79.2014.404.7000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, j. 14/5/2015.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5028182-88.2012.404.7000, Quarta Turma. Relatora p/ Acórdão Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. j. 24/3/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 30.481/RJ Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 2/12/2009;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.113/2008 – Plenário. Relator Auditor André Luís de Carvalho. j. 11/6/2008;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 22/2003-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. j. 22/1/2003;

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. tomo I: Introdução-Organização administrativa-Actos e contratos administrativos. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1997;

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 1. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas de Bastos, 1960;

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. trad. Eduardo Brandão. 2ª. ed. 3ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. **A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1998;

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 185;

DALLEGRAVE NETO, João Affonso. Responsabilidade pré e pós-contratual no direito do trabalho. In.: **Revista do TRT – 9ª Região**. Ano 29. N. 53. Jul/dez de 2004;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011;

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. V. 1: Introducción-Teoría del contrato. Sexta Edición. Cizur menor (España): Thomson Reuters, 2007;

DONINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004;

DUARTE, Ronnie Preus. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.) **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004. pp. 399-433;

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, PATRICE. **Droit administratif**. 7. ed. Paris: Armand Colin, 2000

ENTERÍA, Eduardo García. Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive). pp. 117-118 In.: **Comentário a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Dir. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Madrid: Thomson Civitas, 2004;

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adílson Abreu. **Processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público – fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In.: **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Coord. Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Dissertação de mestrado. Curitiba: UFPR, 2005;

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Trad. Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958;

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007;

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In.: **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Coord. Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos (casos e polêmicas)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

GOMES, Orlando. Os contratos de direito público. In.: **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980;

GONÇALVES, Pedro. **O contrato administrativo – uma instituição do direito administrativo do nosso tempo**. Coimbra: Almedina, 2003;

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4ª ed. Madrid: Thompson Civitas, 2004;

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Proposta de manifestação de interesse (PMI) – riscos públicos e riscos privados. pp. 47-55. In.: **Revista de Contratos Públicos (RCP)**. Ano 4. N. 6. Set2014/Fev2015;

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif etc de droit public**. 12. ed. Paris: Dalloz, 2002;

JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008;

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007;

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985;

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

LIBERATI, Alessio. Col. Andrea Reggio d'Acio e Michela Reggio d'Acio. **Responsabilità pré-contratuale nei contratti pubblici: danni patrimoniali e danni non patrimoniali**. UTET Giuridica: Torino (ITA), 2009;

LÓPEZ, Joaquim Ataz. La Buena Fe Contractual. In: RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.); IBERNÓN, Nives Moralejo (coord.) MOLINA, Susana Quicios (coord.). **Tratado de Contratos. T. 1: concepto, límites, significación, requisitos, formación, forma, documentación, interpretación e integración, eficacia e ineficacia del contrato**. 2ª ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. pp. 185-189;

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. pp. 94-95. In.: **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MANGANARO, Francesco. **Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995;

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

MARRARA, Thiago. **A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa**. p. 232. In.: Revista de Direito Administrativo (RDA). V. 259, jan/abr 2012;

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, t. IV. Trad. H. H. Heredia et alii. Buenos Aires: Depalma, 1982;

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2012;

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997;

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. **Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 95;

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade pré-contratual da Administração e proteção da confiança no direito brasileiro. In.: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**. V. 27. N. 58. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003;

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: Direitos das Obrigações-1ª parte**. Vol. 4. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982;

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In.: LOTUFFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 97-143;

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2011. p. 489;

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2002;

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In.: **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. V. 104. Jan/dez 2009. pp. 303-322;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. V. III: Contratos**. 15. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 18;

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. **A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral**. Dissertação. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP);

PEREIRA, Vitor Pimental. A fórmula tu quoque: origem, conceito, fundamentos e alcance na doutrina e na jurisprudência. In.: **Revista Quaestio Juris**. V. 5. N. 2. pp. 360-402. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/viewFile/9882/7744> acesso em 19/5/2015;

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Orientador Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél. Curitiba, 2004;

RAMOS, André Luiz. Arnt. Lineamentos de responsabilidade civil pós-contratual no direito civil brasileiro. In.: **Revista Jurídica Themis**. N. 24 (2013/2013). Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2013;

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In.: **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Coord. Alexandre Santos de Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Princípio da boa-fé – um instrumento de dirigismo contratual. In: NALIN, Paulo (coord.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 153-189;

SILVA, Almiro do Couto e. “Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do Planejamento”. In.: **Doutrinas essenciais de direito administrativo. V. 3: controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado**. Org. Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Ary Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 1123-1133;

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. p. 22. In.: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**. V. 27, N. 57 Supl. 2003. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. pp. 13-32;

SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no direito administrativo brasileiro. p. 164. In.: **Revista de Direito Administrativo**. N. 217. pp. 163-171. jul./set. 1999;

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. reimpressão, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (org.). **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 33-58;

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato**. São Paulo: Quartier Latim, 2014;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994;

SUNDFELD, Carlos Ari. Responsabilidade do Estado por violação de obrigação pré-contratual: o problema da prescrição. p. 678. In.: **Pareceres, vol. 2: direito administrativo contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 677-701;

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In.: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. Vol. 2. São Paulo: Método, 2004. pp. 89-110;

WIEACKER, Fraz. **El principio geral de la buena fe**. Segunda edicion. Madrid (España): Editorial Civitas, 1986;

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;